

UiO • Det juridiske fakultet

Forretningshemmeligheter

En analyse av om det foreligger samsvar mellom direktivforslag 2013/0402 (COD) og norsk rett, med særlig fokus på de materielle grensene til forretningshemmeligheter.

Kandidatnummer: 710

Leveringsfrist: 25.04.2014

Antall ord: 16 317



Innholdsfortegnelse

1	INNLEDNING	1
1.1	Begrunnelse for emne og problemstilling	1
1.2	Avgrensing:	2
1.3	Den videre fremstilling.....	2
2	RETTSKILDEBILDET	3
2.1	Lovtekst	3
2.2	Forarbeider.....	3
2.3	Rettspraksis.....	4
2.4	Juridisk teori	5
2.5	Reelle hensyn.....	5
2.6	Ny straffelov	7
2.7	EØS-retten og direktivforslaget.....	8
3	FORRETNINGSHEMMELIGHETER.....	9
3.1	Innledning.....	9
3.2	Forretningshemmeligheter etter art. 2 nr. 1	9
3.2.1	Bokstav a – kravene til informasjonen	9
3.2.1.1	Hemmelighetens innhold	10
3.2.1.2	Hemmelighetens nedre grense: ”almindeligt” kjent	10
3.2.1.3	Hemmelighetens nedre grense: ”umiddelbart tilgjengelige”	11
3.2.2	Bokstav b – kravet til handelsverdi	11
3.2.3	Bokstav c – ”handlingsplikt”	12
3.3	Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 2 nr. 1?	13
3.4	Er norsk rett i samsvar med artikkel 2 nr. 1?	14
3.4.1	Om bokstav a – kravene til informasjonen.....	14
3.4.1.1	Krav til hemmelighetens innhold.....	14
3.4.1.2	Kravet til at hemmeligheten må være ukjent	16
3.4.1.3	Kravet til at hemmeligheten ikke må være lett tilgjengelig	18
3.4.2	Om bokstav b – kravet til handelsverdi.....	20

3.4.3	Om bokstav c - ”handlingsplikt”	23
3.5	Konklusjon.....	24
4	LOVLIG ERVERVELSE, BRUK OG ”VIDEREGIVELSE” AV FORRETNINGSHEMMELIGHETER	25
4.1	Innledning.....	25
4.2	Lovlig ervervelse etter art. 4 nr. 1.....	26
4.2.1	Bokstav a - uavhengig oppdagelse og skapelse.....	26
4.2.2	Bokstav b - ”reverse engineering”	26
4.2.3	Bokstav c – tillitsvalgte rett på informasjon og høring	27
4.2.4	Bokstav d - redelig ervervspraksis	27
4.3	Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 4?.....	28
4.4	Er norsk rett i samsvar med artikkel 4 nr. 1?.....	28
4.4.1	Om bokstav a – uavhengig oppdagelse og skapelse.....	28
4.4.2	Om bokstav b – ”reverse engineering”	28
4.4.3	Om bokstav c – tillitsvalgtes rett på informasjon og høring	29
4.4.4	Om bokstav d – redelig ervervs praksis	30
4.5	Konklusjon.....	32
5	SANKSJONER	33
5.1	Innledning.....	33
5.2	Artikkel 9 – Midlertidige og rettsbevarende foranstaltninger	34
5.2.1	Innledning.....	34
5.3	Artikkel 9 nr. 1 – midlertidige foranstaltninger.....	35
5.3.1	Bokstav a	36
5.3.2	Bokstav b.....	37
5.3.3	Bokstav c	38
5.4	Artikkel 9 nr. 2 – økonomisk garantistillelse	39
5.5	Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 9?.....	39
5.6	Er norsk rett i samsvar med artikkel 9?	40
5.6.1	Om artikkel 9 nr. 1 – midlertidige foranstaltninger.....	40
5.6.1.1	Bokstav a.....	41
5.6.1.2	Bokstav b	41
5.6.1.3	Bokstav c.....	42

5.6.2	Om artikkel 9 nr. 2 – økonomisk garantistillelse	42
5.7	Konklusjon.....	43
5.8	Artikkel 11 - Påbud og korrigerende foranstaltninger.....	43
5.8.1	Artikkel 11 nr. 1 - påbud og forbud.....	44
5.8.1.1	Bokstav a og b.....	44
5.8.2	Artikkel 11 nr. 2 – korrigerende foranstaltninger.....	45
5.8.2.1	Bokstav a.....	45
5.8.2.2	Bokstav b	45
5.8.2.3	Bokstav c.....	46
5.8.2.4	Bokstav d	46
5.8.2.5	Bokstav e.....	46
5.9	Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 11 nr. 1 og 2?	47
5.10	Er norsk rett i samsvar med artikkel 11 nr. 1 og 2?.....	49
5.10.1	Om artikkel 11 nr. 1 – påbud og forbud.....	49
5.10.1.1	Bokstav a	49
5.10.1.2	Bokstav b	49
5.10.2	Om artikkel 11 nr. 2 – korrigerende foranstaltninger	50
5.10.2.1	Bokstav a	50
5.10.2.2	Bokstav b, c, d og bokstav e.....	50
5.11	Konklusjon	51
6	LITTERATURLISTE	53
6.1	Direktiver.....	53
6.2	Lover.....	53
6.3	Forarbeider.....	53
6.4	Rettsavgjørelser	54
6.4.1	Høyesterett:	54
6.4.2	Lagmannsretten:	54
6.4.3	Tingretten:	54
6.5	Bøker	54
6.6	Artikler.....	55
6.7	Undersøkelser	55
6.8	Internettsider	55

1 Innledning

1.1 Begrunnelse for emne og problemstilling

Den 28. november 2013 fremmet EU-kommisjonen forslag til direktiv om beskyttelse av konfidensiell knowhow og forretningshemmeligheter.¹ Heretter kalt ”direktivet”.

Det har tidligere vært iverksatt initiativ til harmonisering av reglene om fortrolige forretningsopplysninger. Blant annet er signatarstatene gjennom TRIPS-avtalen art. 39 bundet til å oppstille noen minimumskrav² vedrørende ”protection of undisclosed information”. Imidlertid kan det anmodes at TRIPS-avtalen ikke har fungert som tilsiktet på dette området. I en undersøkelse fra 2012 angav en av fem virksomheter at de har vært utsatt for forsøk på rettsstridig tilegnelse og bruk av forretningshemmeligheter de siste 10 årene.³ Videre la to av fem virksomheter til grunn at risikoen for urettmessig tilegnelse har økt de siste 10 årene⁴, og 40 % av de spurte virksomhetene ville avholde seg fra å dele informasjon i frykt for misbruk.⁵

Direktivet har på grunnlag av dette et mål om å sikre en ensartet adgang til oppreisning i det indre markedet ved å harmonisere regelverket om konfidensiell informasjon innad i EU.⁶ Formålet er å forbedre rammevilkårene for utvikling og utnyttelse av innovasjon i det indre markedet.⁷ Det er med andre ord forhold av konkurransemessig betydning direktivet tar sikte på å regulere.

Dersom direktivet blir vedtatt vil det være bindende for Norge gjennom EØS-avtalen. I denne sammenheng kan det stilles spørsmål om norsk rett er i samsvar med direktivet, eller om direktivet nødvendiggjør endringer i den norske rettsstilstanden. Dette skal delvis besvares gjennom å sammenligne enkelte av direktivets artikler med norsk rett, basert på analyser av begge fundamentene.

¹ 2013/0402 (COD) - ”direktivet”.

² TRIPS-avtalen art. 1 nr. 1

³ Direktivet s. 4

⁴ Direktivet s. 4

⁵ Direktivet s. 5

⁶ Direktivet s. 7

⁷ Direktivet s. 5

1.2 Avgrensing:

Hovedtemaet i oppgaven er hvorvidt de materielle grensene direktivet oppstiller vedrørende forretningshemmeligheter etter art. 2 nr. 1, kan sies å samsvare med den norske rettstilstanden, det vil si markedsføringsloven⁸ § 28 og straffeloven⁹ §§ 294 og 405 a. Bestemmelsenes øvrige sider, rettsstridig utnyttelse og tilegnelse, samt strafferamme og skyldkrav er ikke av vesentlig betydning for avhandlingens problemstilling, og vil derfor ikke bli nærmere behandlet. Det avgrenses videre mot mfl. §§ 29 og 25, lovgivning av immateriellrettslig art og bestemmelser som indirekte verner informasjon. Det avgrenses også mot vern på kontraktsrettslig grunnlag, samt vern på ulovfestet og erstatningsrettslig grunnlag. Noen av rettsområdene som det avgrenses mot vil imidlertid bli berørt under vurderingen av oppgavens problemstilling.

Det avgrenses videre mot prosessuelle spørsmål gjennomføringen av direktivet kan medføre, herunder vernetingsregler og lovvalgsregler.

1.3 Den videre fremstilling

Som bakgrunn for den videre drøftelsen vil rettskildebildet for oppgavens hovedfokus bli presentert i kapittel 2. I kapittel tre vil det bli fokusert på de materielle grensene direktivet og norsk rett oppstiller vedrørende forretningshemmeligheter, og om det foreligger samsvar eller om direktivet nødvendiggjør endringer i den nasjonale rettstilstanden. I kapittel 4 blir det redegjort for hva som er å anse som lovlig erverv av informasjon, samt om det foreligger tilsvarende bestemmelser og samsvar etter norsk rett, herunder om direktivet nødvendiggjør lovendringer. I kapittel 5 blir det foretatt tilsvarende drøftelser og vurderinger angående sanksjoner.

Bakgrunnen for mitt valg av artikler er at jeg mener disse bestemmelsene er av særskilt aktualitet. Dette på grunnlag av at rettstilstanden i Norge kan til en viss grad synes noe skjønnsmessig og uklar på disse områdene, herunder om direktivet kan sies å ha en mer presis og oppklarende effekt.

⁸ Heretter forkortet mfl.

⁹ Heretter forkortet strl.

2 Rettskildebildet

2.1 Lovtekst

Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. av 9. januar 2009 nr. 2 kapittel 6, regulerer rettsforholdet næringsdrivende imellom. Mfl. § 28 er den lovbestemmelsen som er av størst praktisk betydning for problemstillingen i denne avhandlingen. Bestemmelsen gir bedrifter vern mot rettsstridig utnyttelse av fortrolig informasjon. Vernet for bedriftshemmeligheter ble for første gang legalisert i lovtekst i markedsføringsloven av 1972 § 7, og mfl. § 28 er en uendret videreføring av denne. Ergo er tidligere praksis etter denne bestemmelsen fortsatt av betydning.

I tillegg til Markedsføringsloven regulerer også straffeloven rettsstridig utnyttelse og tilegnelse av forretningshemmeligheter.¹⁰ Ved en komparasjon av straffelovens bestemmelser om forretningshemmeligheter og mfl. § 28, synes bestemmelsene til en viss grad å overlappe hverandre. Forskjellene utpreger seg derimot om forhold ved utnytting av konfidensiell informasjon. Ved siden av mfl. § 28 og strl. § 294 er strl. § 405 a av essensiell betydning angående fremskaffelse av vital viten.

For øvrig følger det av alminnelige rettskildefaktorer at lovens ordlyd vil være den primære rettskildefaktoren for å fastslå bestemmelsens innhold. Dette kan forankres i alminnelig rettskildefaktorer. Ved tolkningen kan imidlertid andre rettskildefaktorer bidra til å fastslå bestemmelsens innhold.

2.2 Forarbeider

De mest sentrale forarbeidene til mfl. § 28 er innstilling fra konkurranselovkomiteen av 1966, og Ot.prp.nr. 57 (1971-1972). Sistnevnte forarbeid ble utarbeidet til mfl. § 7 av 1972, imidlertid kan det fortsatt tillegges vekt. Grunnen til dette er at mfl. § 28 er en videreføring av tidligere mfl. § 7, i tillegg til at det i forarbeidene til mfl. § 28 blir henvist til det overnevnte forar-

¹⁰ Strl. § 294 nr. 2 og 3.

beidet.¹¹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen kan på lik linje med Ot.prp.nr. 57 (1971-1972) fortsatt tilleggs vekt. Da forarbeidene til mfl. § 28 henviser til innstilling fra konkurranselovkomiteen som forarbeider til paragrafen.¹²

Hvilken vekt en tillegger forarbeidene varierer. Ved en ny lov tillegges forarbeidene stor vekt, men etter hvert vil vekten til forarbeidene bli noe redusert når rettspraksis løper til. Til tross for at bedriftshemmeligheter har vært vernet gjennom lovtekst i 42 år, foreligger det ikke et betydelig antall høyesterettsdommer som avklarer vilkårene og grensene til bedriftshemmeligheter. På grunnlag av dette er forarbeidene fortsatt av stor betydning ved tolkning av lovteksten. Terminologien ”bedriftshemmelighet” er et vagt og elastisk vilkår. Det kan på grunnlag av dette diskuteres hvor mye veiledning forarbeidene evner å formidle hva den *konkrete* rettsanvendelsen angår.

At forarbeidenes fortsatt innehar rettskildemessige vekt kan videre illustreres av rettspraksis. Eksempelvis blir forarbeidene i Rt. 2003 s. 825 og Rt. 2007 s. 1841 tillagt vekt.

2.3 Rettspraksis

Det foreligger et beskjedent antall høyesterettsdommer som behandler de kvalitative vilkårene i bedriftshemmeligheter. Den praksisen som eksisterer formidler noe begrenset veiledning da de rettslige betingelsene utpreger seg som spesifikke for den enkelte sak. Derimot har dommene en avklarende virkning i de tilfellene de rettslige kravene informasjonen må omfatte uavhengig drøftes. Høyesterettspraksisen vil tjene som rettslig forankring om hvilke tolkning de generelle kravene til bedriftshemmeligheter blir tillagt.

I motsetning til den begrensede høyesterettspraksisen foreligger det et bredere utvalg av underrettspraksis på dette området. Separert sett kan underrettspraksis ikke tillegges nevneverdig vekt, men de kan tjene som illustrasjon angående problematikk knyttet til bedriftshemmeligheter, videre kan argumentasjon og synspunkter tjene som veiledning. Hvor mye vekt underrettspraksisen kan tillegges beror videre på om det foreligger mye praksis som peker i samme

¹¹ Ot.prp.nr. 55 (2008-2009) s. 207

¹² Ot.prp.nr.55 (2008-2009) s. 207

retning, hvordan dommeren argumenter, og om argumentasjonen kan forankres i andre selvstendige rettskilder.

2.4 Juridisk teori

Etter alminnelig rettskildelære har juridisk teori liten selvstendig vekt. Hvor mye vekt en skal tillegge denne kilden lener seg på forfatterens argumentasjon og tilslutning i praksis. Blir juridisk teori lagt til grunn gjennom rettspraksis, eventuelt at forfatterens rettslige synspunkt kan forankres i rettspraksis, kan likevel juridisk teori sies å ha en viss rettskildemessig vekt.

I 2010 utgav Harald Irgens-Jensen en bok basert på sin doktoravhandling om bedriftshemmeligheter og deres rettsbeskyttelse. Denne boken har vært av særskilt interesse hva angår oppgavens fokus på bedriftshemmeligheters materielle grenser. Hans artikkel om ”forretningshemmeligheter” fra 2006 er også av interesse.

Det finnes relativt lite litteratur om lovlig ervervelse av informasjon og forbudsanksjoner vedrørende forretningshemmeligheter. Av det som foreligger er særlig Tore Lundes ”God forretningsskikk næringsdrivande imellom” og en artikkel av Gard Erik Garlie ”Forbudssanksjonens innhold og utstrekning” vært av interesse hva angår analysen på dette området.

2.5 Reelle hensyn

Reelle hensyn har liten selvstendig vekt. Imidlertid kan de fortsatt være av betydning om forankring av argumentasjon på dette rettsområdet.

Det er relativt sikkert at det er behov for et regelverk som verner om bedriftshemmeligheter. I et internasjonalt perspektiv kan man trekke paralleller til TRIPS-avtalen som oppstiller et krav til minstevern for forretningshemmeligheter. At man i et internasjonalt perspektiv anser rettslig regulering som nødvendig er med på å underbygge at det foreligger et beskyttelsesverdig behov.

I dagens samfunn har innovasjon og utvikling vesentlig betydning i et samfunnsøkonomisk perspektiv. For at det skal fremstå som attraktivt og lønnsomt for virksomheter å anvende ressurser er det avgjørende at konfidensiell informasjon nyter vern. Dette på grunnlag av at det ved enhver investering foreligger en risiko. Færre bedrifter hadde trolig foretatt denne risikoen, hvis det ikke forelå en viss forsikring om at et eventuelt funn vil fortone seg som et konkurransefortrinn, i form av rettslig begrenset tilgang til den aktuelle viten. Med andre ord foreligger det et incentivhensyn bak vern av informasjon. Incentivhensynet gir seg også utslag i at bedrifter skal føle seg tryggere ved utveksling av informasjon seg imellom, og bidra til utvikling i samfunnet. Da trengs en visshet om at informasjonsutvekslingen er gjenstand for fortrolighet.

Det rettslige vernet kan øke incentivet på grunnlag av at virksomheten selv ikke behøver å iverksette kostbare tiltak for å holde informasjonen hemmelig, siden det rettslige vernet oppstiller en viss grad av beskyttelse. Utvikling hos en bedrift kan oppmuntre og på mange måter kreve at konkurrenter anvender kapital for utvikling hos seg selv også. Ved at produktutviklingen i samfunnet i dag fremstår som dynamisk, er det med på å underbygge at incentivhensynet bak bestemmelsen innehar sin tilsiktede virkning.

På den andre siden kan det argumenteres for at et rettsligvern av informasjon ikke bør være for sterkt siden det kan lede til en stagnert utvikling i markedet og monopolsituasjoner. Et for sterkt vern kan også resultere i at arbeidstakere som innehar kunnskap om en hemmelighet kan bli redde for å bytte arbeidsplass i frykt for å avsløre konfidensiell informasjon. I Rt. 2007 s. 1841 fremhever høyesterett at karantenetiden på 2 år etter strl. § 294 nr. 2 er ment å skulle ivareta dette hensynet.¹³

Det rettslige vernet til informasjon blir noe overlappet av patentretten. Det kan derfor problematiseres om det foreligger et reelt behov for vern av bedriftshemmeligheter. Til tross for dette er det neppe tvilsomt at det foreligger et rettslig behov for vern: eksempelvis er det ikke gitt at enhver bedrift evner å holde oppfinnelsen sin hemmelig gjennom søknadsprosessen til vernet patent.

¹³ Rt. 2007 s. 1841 avsnitt 21.

Harald Irgens-jensen fremhever i sin artikkel at det han bekjent finnes nokså begrenset pålitelige undersøkelser vedrørende lønnsomheten av det rettslige vernet for bedriftshemmeligheter.¹⁴ Ved lansering av ett nytt produkt kan eksempelvis den aktuelle bedriftshemmeligheten snarlig fremtre som åpenlys, til tross for et rettslig vern. Dette kan komplisere undersøkelser vedrørende lønnsomhet, noe som gjør det vanskelig å angi et presist svar angående behov. Det kan likevel sies å være en konkurransemessig fordel i å være først ute med et nytt produkt på markedet. Sistnevnte argument kan fortone seg i strategier som merkevarebygging og posisjonering. Dette er igjen med på å underbygge behovet for et rettslig regulert regelverk.

2.6 Ny straffelov

Ved ikrafttreddelsen av den nye straffeloven av 2005 vil det forekomme et fåtall med endringer hva angår gjeldende rett. Strl. § 207 er definert til å omfatte det straffesanksjonerte vernet i strl. § 294 nr. 2 og 3, mfl. §§ 28, 29 jf. § 48.

Den nye strl. anvender begrepet ”forretningshemmeligheter” som en fellesbetegnelse for ”driftshemmeligheter” og ”bedriftshemmeligheter”. Det er ikke ment å skulle endre gjeldende rett, hvilket innebærer at tidligere praksis på området fortsatt vil være av interesse.¹⁵

Den mest påfallende endringen som er foretatt er at strafferammen i den nye bestemmelsen har steget opptil 2 år. Årsaken er at det er ønskelig med en høyere maksimumsstraff i de mest alvorlige tilfellene.¹⁶ Det er altså ikke et tilsiktet mål om å øke straffeutmålingen på et generelt plan.

Av någjeldende straffelov § 405 a straffes den som på urimelig måte skaffer seg informasjon eller rådighet over en bedriftshemmelighet med bøter eller fengsel inntil 3 måneder. I den nye straffeloven av 2005 § 208 foreligger det samtlige endringer angående dette. For det første er strafferammen økt til ett år. For det andre er det endringer om hvordan informasjonen eller rådigheten har kommet en i hende. Etter gjeldende rett er kravet at dette må ha forekommet på

¹⁴ Harald Irgens-jensen, (2006) s. 575

¹⁵ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 405

¹⁶ Ot.prp.nr.22 (2008-2009) s. 406

urimelige måte. Dette er i den foreslåtte bestemmelsen erstattet med betegnelsen ”den som rettsstridig”. Denne språklige endringen synes ikke å innebære en realitetsforskjell da begge betegnelser må bero på en konkret helhetsvurdering, – mye er overlatt til dommerens skjønn. I motsetning til gjeldende rett er det i strl.§ 208 inntatt et vern av fortrolig knowhow. Dette i tillegg til videreføringen av vernet om forretningshemmeligheter.

2.7 EØS-retten og direktivforslaget

Direktivet er av aktualitet for Norge gjennom EØS-avtalen som trådte i kraft 1. januar 1994. Ratifikasjonen av avtalen innebar at Norge, på lik linje med medlemmene av EU, ble gjort til en del av det indre markedet innenfor EU. Det betyr at Norge er underordnet reglene om de ”fire friheter”: fri flyt av varer, tjenester, arbeid og kapital. I dette ligger også en plikt om felles konkurransevilkår for næringslivet. Dette innebærer at direktivet, som tar sikte på å regulere konkurransehandlinger næringsdrivende imellom, er relevant for Norge. Gjennom avtalen er Norge forpliktet til å integrere en stor del av EU-retten i norsk rett og håndheve den lojalt på samme måte som EU-statene gjør.¹⁷ I forhold til direktivet sitt siktemål om harmonisering av regelverket om fortrolige opplysninger på det indre markedet, innebærer dette for Norge sin del at gjennomføringen av rettsaktene må være lojale mot direktivets formål.¹⁸ Imidlertid foreligger det ikke noe oppstilt regelverk på *hvordan* direktivet skal gjennomføres. De vanligste metodene er gjennomføring ved hjelp av forskrifter eller ved endring/nye lovtekster.

Direktivets ordlyd¹⁹ vil være den viktigste rettskilden for tolkning. På grunnlag av at det ikke foreligger tidligere harmoniseringstiltak fra EU-kommisjonen vedrørende forretningshemmeligheter, foreligger det ikke relevant rettspraksis fra EF-og EFTA-domstolen som kan bidra til klargjøring av direktivets begreper og vilkår. Dette fører til at det tidvis er utfordrende å angi en presis rekkevidde og tolkning av skjønnsmessige og vage begreper. I dette henseende vil direktivets forale kunne bidra til avklaring av hva de enkelte uttrykkene er definert til å omfatte. Nyanseforskjeller i språk og ordenes betydning vil likevel kunne være gjenstand for problematikk. I de tilfellene dette er problematisk vil det bli poengtert og referert til den engelske utgaven av direktivet hvor det fremstår som hensiktsmessig i et oppklarende perspektiv.

¹⁷ EØS-RETT 2.utgave s. 21

¹⁸ Jf. Traktaten om den europæiske unions funktionsmåte art. 288

¹⁹ Jeg kommer til å basere meg på den danske utgaven av direktivforslaget.

I forhold til at direktivforslaget kun er et forslag foreligger det ikke annet juridisk materiale, meg bekjent, som behandler forslaget på et dyptgående plan. Tolkning av forslaget vil derfor i overveiende grad basere seg på direktivet, samt personlig forståelse.

3 Forretningshemmeligheter

3.1 Innledning

For at utvikling og investering i innovative aktiviteter skal fremstå som attraktivt og lønnsomt er det vesentlig at virksomheter kan oppnå vern av konfidensiell informasjon. Vern av informasjon som man ikke vil andre skal utnytte er essensielt og avgjørende for konkurransedyktigheten til mange bedrifter. Dette kan blant annet begrunnes med den konkurransemessige fordelene av å være først ute med ny viten. Den nåværende rettstilstanden på det indre marked er preget av vesentlige forskjeller om lovgivning og hva som kvalifiseres til å være en forretningshemmelighet²⁰. En begrepsavklaring på hva forretningshemmeligheter omfatter kan innby til økt grad av innovative aktiviteter, samarbeid og ekspansjon av virksomheten til andre land. For å oppnå dette målet er det for det første viktig å vite hvilken type informasjon som nyter vern. Derfor har EU-kommisjonen i art. 2 nr. definert forretningshemmeligheter hvor de materielle kravene til forretningshemmeligheter blir kartlagt. Bestemmelsen har tre kumulative vilkår som må være oppfylt for at en viten skal nyte vern. Det overordnede siktemålet med bestemmelsen ligger i en rettslig klargjøring av forretningshemmeligheters kvalitative innhold.

3.2 Forretningshemmeligheter etter art. 2 nr. 1

3.2.1 Bokstav a – kravene til informasjonen

Etter art. 2 nr. 1 bokstav a er forretningshemmeligheter definert til å omfatte opplysninger som *”ikke i deres helhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætning af deres*

²⁰ Direktivets fortale s. 12 punkt 5

komponenter er almindeligt kendt blandt eller umiddelbart tilgængelige for personer i de kredse, der normalt beskæftiger sig med den pågældende type oplysninger”.

Påfølgende drøftelse vil bli delt opp i tre deler for å lette fremstillingen, og gjøre den mer oversiktlig.

3.2.1.1 Hemmelighetens innhold

Etter ordlyden kan det ikke utledes noen kvalitative begrensinger vedrørende *hvilken informasjon* som nyter vern. Bestemmelsen slår fast at informasjonen må være hemmelig på grunnlag av dens ”heldhed eller i den præcise konfiguration eller sammensætningen af deres komponenter”. Rettsvilkårene er utpreget skjønnsmessige og elastiske, og det kan ikke sies å foreligge en avgrensning til hemmelighetens tematikk. Hemmeligheten kan med andre ord være alt fra knowhow, tekniske opplysninger, kjemiske stoffer til håndfast materiale. En slik tolkning harmoniserer også med fortalen til direktivet, hvor det blir slått fast at definisjonen ikke skal ”begrænse den genstand, som skal beskyttes”²¹. Av ordlyden kan det ikke utledes noe fikseringskrav til hvorvidt informasjonen må være nedfelt eller ei.

3.2.1.2 Hemmelighetens nedre grense: ”almindeligt” kjent

For at hemmeligheten skal nyte vern må informasjonen ikke være ”almindeligt” kjent blant de kretser som normalt håndterer opplysninger av en slik karakter. Det vil med andre ord være uten betydning om den aktuelle viten fremstår som fremmed eller ubegripelig for allmennheten. Dette er i tråd med TRIPS-avtalen som betinger at informasjonen ikke skal være kjent ”within the circles that normally deal with the kind of information in question”²².

Alminnelig informasjon vil naturligvis ikke nyte vern i å være en bedriftshemmelighet. Da informasjon bransjen eller folket har kjennskap til ikke kan sies å utgjøre et konkurransefortrinn i nevneverdig grad. Videre ville bestemmelsens poeng blitt eliminert om informasjon av denne karakter skulle nyte vern. Imidlertid er grensen for når noe er alminnelig kjent, eventuelt når noe er tilstrekkelig *ukjent*, ofte problematisk å angi presist. Direktivet formidler ikke videre veiledning angående denne problematikken. Hvorvidt noe er tilstrekkelig ukjent må

²¹ Direktivets fortale s. 14 punkt 8

²² TRIPS-avtalen art. 39 nr. 2 bokstav a.

derfor basere seg på en konkret helhetsvurdering. Eksempelvis kan en viten være regnet som kjent, men dette er ikke ensbetydende med at anvendelsesområdet til den aktuelle viten er kjent; det lå det gjerne ikke opp i dagen at potetmel kunne anvendes både til matlaging og til å fjerne flekker. En delkomponent av et produkt kan likevel fremstå som kjent, mens den resterende parten vil framstå som ukjent. Videre kan konfigurasjonen til en viten fremstå som hemmelig, til tross for at komponentene separert sett er kjent. Sistnevnte kan forankres i kravene som ble oppstilt i forhold til hemmelighetens innhold, hvor det fremgikk at *måten* noe er satt sammen på kan være en hemmelighet. Sammenfallende vil dette resultere i at informasjonen kan fremstå som tilstrekkelig ukjent.

3.2.1.3 Hemmelighetens nedre grense: "umiddelbart tilgjengelige"

Det er oppstilt et vilkår om at informasjonen heller ikke må være umiddelbart tilgjengelig i den aktuelle bransjen. Begrepet "umiddelbart" kan gi språklige tolkningsproblemer. Det kan bety at noe ikke må være *direkte* tilgjengelig og at noe ikke må være *omgående/lett* tilgjengelig. I det følgende blir det lagt til grunn at informasjonen ikke må være *omgående/lett* tilgjengelig. Direktivets fortale gir ikke videre indikasjon på at dette er en korrekt tolkning, men vektige hensyn taler for at informasjon som er lett tilgjengelig ikke bør nyte vern.

Når noe er å anse som lett tilgjengelig vil være vanskelig å angi eksakt. Poenget må være at informasjon som synes å ligge opp i dagen, og som enhver virksomhet ved mindre innsats kan resonere seg fram til, fremstår som lett tilgjengelig og nyter derfor ikke vern. Eksempelvis vil ingrediensene i yoghurt fremstå som åpenbar for de fleste. På den andre siden kan mengden av hvert enkelt råstoff, rekkefølgen råstoffene blir tilsatt i og produksjonsprosessen bære preg av å være utilgjengelig. Likeledes kan noe fremstå som utilgjengelig på grunnlag av systematiseringen, og den samlede presentasjonen av informasjonen, på tross av at informasjonen separert sett fremstår som tilgjengelig. Dette kan forankres i at informasjonen kan fremstå som hemmelig på grunn av "sammensætningen af deres komponenter"²³.

3.2.2 Bokstav b – kravet til handelsverdi

Bokstav b oppstiller et krav om at hemmeligheten må ha "handelsverdi, fordi de er hemmelige".

²³ Art. 2 nr. 1 bokstav a

Et sentralt spørsmål er hva som menes med ”handelsverdi”. At det foreligger et krav til handelsverdi, contra verdi, tilsier at virksomhetens subjektive oppfatning av hvorvidt noe er verdifullt ikke vil være av avgjørende betydning. At noe skal ha ”handelsverdi” synes å oppstille et krav om det må foreligge en verdi *objektivt* sett. Eksempelvis at hemmeligheten gir virksomheten et konkurransefortrinn. Derimot kan det neppe oppstilles et krav om at konkurransefortrinnet må resultere i betydelige avkastinger. En viten kan inneha et konkurransefortrinn, til tross for at virksomheten ikke får en større markedsandel som følge av hemmeligheten, eksempelvis der aktøren allerede *er* dominerende på markedet. Trolig kan informasjonen også være av handelsverdi hvis den er av betydning for andre aktører.

Endelig kan det tvilsomt innfortolkes et objektivt krav om hvor *omfattende* handelsverdien må være. En mindre aktør på markedet innehar gjerne en viten som er av mindre verdi, objektivt sett, målt opp mot større aktører på det aktuelle markedet. En slik fortolkning vil også være tro mot direktivets formål om å verne om forhold som er av konkurransemessig betydning. Mye taler derfor for at bedømmelsen av hva som er å anse som ”handelsverdi” må basere seg på en konkret helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet.

3.2.3 Bokstav c – ”handlingsplikt”

Forretningshemmeligheter må videre oppfylle kravet om at :

” de er af den person, som lovligt kontrollerer oplysningerne, under de givne omstændigheder blevet underkastet rimelige foranstaltninger til hemmelighedsholdelse”.

Dette betyr at det må være iverksatt tiltak for å holde informasjonen konfidensiell av den personen som lovlig kontrollerer opplysningene. Dette følger også av TRIPS-avtalen art.39 sitt krav om at informasjonen må ha vært ”subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret” ²⁴.

Det er naturlig å forstå at hemmeligheter er underkastet et krav om beskyttelse. Foreligger det ikke vern er det unaturlig å omtale informasjonen som hemmelig. Det problematiske er hvor

²⁴ TRIPS-avtalen art. 39 (2) bokstav c.

mye *handling* som kreves for at noe skal sies å være beskyttet, jf. kravet til ”rimelige foranstaltninger”. Det er nærliggende å konkludere med at dette må basere seg på en subjektiv vurdering hvor hemmelighetens verdi, samt ressursene virksomheten har, tas i betraktning. Dette kan forankres i at omstendighetene skal være med i vurderingen om virksomheten har oppstilt tilstrekkelig beskyttelse.²⁵

Gode grunner taler derimot for at terskelen for når noe er å anse som tilstrekkelig beskyttet ikke skal settes for høyt. Herunder at innovasjon og nyskaping er noe som gir samfunnet og forbrukerne, og det er tidvis svært kostbart for bedrifter å drive med nyskaping. Samfunnsøkonomiske hensyn taler derfor for at terskelen for når vilkåret er oppfylt må være lav. En motsatt konklusjon kunne ledet til at færre bedrifter hadde ønsket å drive med nyskaping på grunnlag av ytterligere høye kostnader i form av beskyttelsestiltak, noe som ville stride mot direktivets formål.

Ordlyden tydeliggjør ikke om det foreligger noen krav til *hvilke* sikringstiltak som må iverksettes, bare at beskyttelsestiltak må foreligge. Nøyaktig hvor grensen går for at noe er gjenstand for beskyttelse er imidlertid vanskelig å angi eksakt. Men desto sterkere beskyttelsestiltak bedriften selv oppstiller for å verne sin hemmelighet, jo mindre er sjansen for at den vil bli utsatt for krenkelse.

Ved formuleringen ”den person, som lovlig kontrollerer opplysningene” kan det utledes at den opprinnelige forretningshemmelighetshaveren innehar tilgang til å meddele hemmeligheten, eksempelvis ved inngåelse av samarbeid. I dette ligger en adgang til at andre parter, blant annet lisenshaveren av hemmeligheten også kan forsvare informasjonen.²⁶

3.3 Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 2 nr. 1?

Mfl. § 28 omhandler vern av bedriftshemmeligheter. Spørsmålet blir for det første om begrepet ”bedriftshemmelighet” tilsvarer ”forretningshemmelighet”. Til tross for at terminologien er ulik er det neppe tvilsomt at bedriftshemmeligheter er det samme som forretningshemmeligheter. Dette kan blant annet forankres i at begrepene er såpass generelle i sitt virkeområde

²⁵ Art. 2 nr. 1 bokstav c.

²⁶ Direktivet s. 8

at det neppe kan stride mot ordet betydning å innfortolke begrepene likt. Hva angår nasjonalrett i forhold til at strl. anvender begrepet ”forretningshemmeligheter” mens mfl. anvender ”bedriftshemmeligheter” foreligger det heller ikke holdepunkter for at disse begrepene skal forstås forskjellig.²⁷ Begrepene ”bedriftshemmelighet” og ”forretningshemmelighet” blir derfor i det følgende tillagt samme betydning.

3.4 Er norsk rett i samsvar med artikkel 2 nr. 1?

3.4.1 Om bokstav a – kravene til informasjonen

3.4.1.1 Krav til hemmelighetens innhold

For å kunne redegjøre om det foreligger samsvar mellom mfl. § 28 og art. 2 nr. 1 er det nødvendig med en mer inngående tolkning av begrepet ”bedriftshemmeligheter”. Verken i strl. § 294 eller i mfl. § 28 foreligger det noen definisjon av begrepet.

En ”bedriftshemmelighet” bærer preg av å være et vagt og skjønnsomt uttrykk. Dette innebærer at det er vanskelig å angi en presis definisjon på hva som ligger i begrepet. En naturlig forståelse av begrepet tilsier imidlertid at visse krav må være oppfylt for at en viten skal nyte vern. For det første må personkretsen som har kjennskap til informasjonen være begrenset. Dette kan forklares med at noe ”alle” vet ikke kan karakteriseres som hemmelig. For det andre må det foreligge tiltak som avgrenser informasjonen fra offentligheten og uvedkommende. Når det foreligger beskyttelsestiltak vil det være med på å underbygge at noe er konfidensielt, og utilgjengelig. I innstillingen fra konkurranselovkomiteen blir følgende uttalt angående begrepet:

”De alminnelige kunnskaper og erfaringer som en arbeider eller funksjonær vinner under sitt arbeid, erfaringer av allmenn, fagmessig art, er ikke bedriftshemmeligheter. Til bedriftshemmelighet kreves at det foreligger en viten som er spesifikk for vedkommende bedrift, og som er av betydning for dens virksomhet. Denne viten kan være materialisert f.eks. i særlige maskiner eller maskindeler, særlige kombinasjoner av maskiner, spesielle råstoffer, eller råstoff-

²⁷ Se Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966, s. 47

sammensetninger. Arbeidet med produktutvikling og prøver med nye varetyper kan være bedriftshemmeligheter. En teknisk foranstaltning kan være en patentbar oppfinnelse, som ønskes holdt hemmelig, men den kan etter omstendighetene også være vernet som bedriftshemmelighet selv om den ikke har den nødvendige oppfinneshøyde. På den kommersielle side kan driftsresultater og statistikker være hemmeligheter, likeså planer for markedsføring, tidspunktet for visse innsatser i reklame m.v., innkjøpskilder for råstoffer m.v.

Det må imidlertid stilles visse krav til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten kreves at den uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen. ”²⁸

Basert på dette foreligger det ikke noen krav til selve *innholdet* i en hemmelighet. Med andre ord kan nærmest all informasjon være en hemmelighet gitt at de øvrige vilkårene er oppfylt, dette samsvarer med art. 2 nr. 1. Eksempelene konkurranselovkomiteen oppstiller i dette utkastet på hva innholdet av en hemmelighet kan være er ikke uttømmende, da de kun oppstiller typetilfeller på hva som kan være en hemmelighet.²⁹ Videre oppstiller ikke konkurranselovkomiteen noe krav om at informasjonen må være nedfelt, informasjonen kan med andre ord knytte seg til materielle gjenstander eller kun eksistere i en persons tankegang³⁰. Det oppstilles imidlertid visse krav til handling vedrørende å holde informasjonen skjult. For at noe skal defineres som hemmelig må det med andre ord være en vilje til å verne om informasjonen. Foreligger det ikke et vern rundt informasjonen, kan det heller ikke sies å foreligge en hemmelighet.

Videre avgrenser konkurranselovkomiteen informasjon som kan sies å være av generell karakter til å kunne være en bedriftshemmelighet, herunder at erfaring og alminnelige kunnskaper en arbeider tilegner seg ikke er en bedriftshemmelighet.³¹ Komiteen oppstiller et krav om at en viten må være *spesifikk* og av *betydning* for bedriften. Oppsummeringsvis kan det av dette utledes fire krav: informasjonen være spesifikk, den må ikke være av alminnelig art, den må være av betydning for virksomheten, og det må det foreligge en handling som tilsier at informasjonen er hemmelig.

²⁸ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48

²⁹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48

³⁰ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 51

³¹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48

Det kan argumenteres for at det foreligger samsvar med direktivet under dette punkt, da de kravene som oppstilles til hva som skal til for at noe er en hemmelighet er tilnærmet lik kravene art. 2 nr. 1 oppstiller. Nærmere konklusjon vil bli gitt i punkt 3.5

3.4.1.2 Kravet til at hemmeligheten må være ukjent

I henhold til artikkel 2 nr. 1 bokstav a skal hemmeligheten ikke være ”almindeligt” kjent. Dette kommer ikke direkte til uttrykk av mfl. § 28 sin ordlyd. Derimot fremgår det av forarbeidene til mfl. § 28, hvor det uttales ”*Til bedriftshemmelighet kreves at det foreligger en viten som er spesifikk for vedkommende bedrift*”³². Harald Irgens-Jensen legger til grunn at det av spesifikasjonskravet kan utledes to vilkår: for det første må informasjonen ikke være kjent, og for det andre må informasjonen ikke være lett tilgjengelig.³³ Informasjonen må med andre ord være spesifikk for vedkommende bedrift, herunder at hemmeligheten må være tilstrekkelig *ukjent*. På lik linje med art. 2 nr. 1 bokstav a er det også etter mfl. § 28 problematisk å definere hvor grensen går for når noe kan sies å være tilstrekkelig ukjent. Rettspraksis kan sies å fremstå som beskjedent på akkurat dette området. Dette kan være begrunnet med at det ikke har vært et reelt problem i praksis, eventuelt at det er lettere å gjøre rede for hvorvidt noe har fremstått som ”lett tilgjengelig” contra ”allmenn kjent”. I en tingretts dom fra 2006 ble det imidlertid nedlagt påstand om at en viten var allmenn kjent. Retten la her følgende til grunn:

*”Til spørsmålet om innholdet var hemmelig vil retten innledningsvis bemerke at selv om informasjonen i sin helhet hadde vært kjent gjennom fragmentarisk offentliggjøring enten via tidligere årsrapporter, materialisering i markedet eller opplysninger i media vil en samlet fremstilling oppgitt som et nytt fokus kunne være en bedriftshemmelighet(...)I så henseende kan det være en bedriftshemmelighet at en selskap ikke vil foreta vesentlige strategiske endringer i kommende år. På samme måte vil selskapets nye fokus og satsning på eksempelvis distribusjonskanaler kunne være hemmelig selv om distribusjonskanalene allerede er kjent i markedet.”*³⁴

³² Ot.prp.nr. 57 (1971-1972), Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s.48

³³ Harald Irgens-Jensen (2010) S. 178

³⁴ RG-2007-178

Dommen gir støtte for at en viten kan bære preg av å være allmenn kjent, men fortsatt nyte vern gitt at bruksområdet til den aktuelle viten ikke er kjent.

I innstillingen fra konkurranselovkomiteen uttales det følgende vedrørende grensedragningen for når noe er å anse som kjent:

”Som anført av Skeie...kan det foreligge en hemmelighet selv om det er flere innen bedriften enn dens innehaver eller leder som kjenner den. For at hemmeligheten skal kunne utnyttes etter sitt formål, vil den regelmessig også måtte være kjent av enkelte arbeidere eller funksjonærer, som har taushetsplikt, eller av sjefen for bedriftens bankforbindelse. Men lekker den ut og blir kjent av flere som ikke har taushetsplikt, vil usikkerheten snart bli så stor at man ikke kan regne med varig hemmeligholdelse. Spørsmålet om når ”hemmeligheten” er opphørt å være en hemmelighet, er til en viss grad et skjønnsspørsmål, og må avgjøres konkret etter forholdene.”³⁵.

Hvorvidt hemmeligheten er tilstrekkelig ukjent på grunnlag av dette synes vanskelig å angi presist. Enkelte momenter vedrørende denne grensedragningen kan allikevel legges til grunn som følge av uttalelsen. Blant annet vil det utvilsomt være legitimt å informere dem som trenger hemmeligheten for å kunne gjennomføre sitt arbeid, uten at hemmeligheten av den grunn skal miste sitt vern. Det springende punktet synes å være der flere personer som ikke er underlagt taushetsplikt får kjennskap til informasjonen, på grunnlag av at man da ikke kan regne med ”varig” hemmeligholdelse. Dette illustrer hvor viktig fortrolighetsklausuler vil kunne være. For øvrig volder kriteriet ”varig” problemer. Harald Irgens-Jensen uttaler angående dette at *”Kriteriet er problematisk av flere årsaker. For det første kan det lede til å tro at bare hemmeligheter med potensiell lang levetid kan vernes. Det er åpenbart ikke riktig. Innstillingen nevner selv uttrykkelig at for eksempel tidspunktet for en reklamekampanje kan være en beskyttet bedriftshemmelighet”*³⁶. Problematikken kan også illustreres ved at en hemmelighet vil kunne fremstå som åpenbar ved en produktlansering. Hemmeligheten vil på tross av dette fortsatt nyte vern på grunnlag av at *fremstillingsmetoden* til hemmeligheten ikke nødvendigvis vil være kjent, selv om resultatet av hemmeligheten er det. På grunnlag av mot-

³⁵ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48

³⁶ Harald Irgens-Jensen (2010) s. 181

striden innad i forarbeidene virker kritikken Harald Irgens-Jensen rettet mot det å være for-
svarlig. Harald Irgens-Jensen konkluderer videre med at *”så lenge informasjonen er ukjent
for noen viktige konkurrenter, er den tilstrekkelig ukjent til å være en bedriftshemmelighet”*³⁷.
Grensen for når noe ikke lenger er å regne som tilstrekkelig ukjent kan herunder trekkes hvor
virksomheten har forsømt sin plikt ved å begrense tilgjengeligheten til informasjonen.

Det kan vanskelig oppstilles noe skarpt skille mellom nasjonalrett og direktivet vedrørende
dette vilkåret. Begge begrepene er bærer preg av å være elastiske, det kan på grunnlag av det-
te argumenteres for at det foreligger samsvar.

3.4.1.3 Kravet til at hemmeligheten ikke må være lett tilgjengelig

Det andre kravet som oppstilles av art. 2 nr. 1 bokstav a er at informasjonen ikke må være
”umiddelbart tilgjengelig”. Det foreligger tilsvarende hjemmel for dette kriteriet i mfl. § 28,
jf. punkt 3.4.1.2. Dette fremkommer ikke eksplisitt av ordlyden, men kan innfortolkes i den
rettslige betydningen av ”hemmelighet”³⁸, da noe som er lett tilgjengelig ikke vil kunne bære
preg av å være en hemmelighet. Grensedragningen for når noe kan karakteriseres som til-
strekkelig *utilgjengelig* er spørsmålet her. Lett tilgjengelig informasjon oppfyller ikke spesifi-
kasjonskravene som angitt av forarbeidene.³⁹ Slik informasjon vil ikke kunne sies å represen-
tere et konkurransefortrinn, da informasjonen trolig vil være kjent innenfor bransjen. Betyd-
ning av å vite når informasjonen er å anse som lett tilgjengelig kan være avgjørende for en
virksomhet, da den kan indikere hvor sterke beskyttelsestiltak som må være lagt til grunn for
når noe er å anse som tilstrekkelig utilgjengelig.

Det kan problematiseres om en viten vil fremstå som lett tilgjengelig hvis dens hemmelighet
kan bli oppdaget ved ”omvendt utvikling”. Ved ”omvendt utvikling” blir komponentene i en
vare skrudd fra hverandre, og på denne måten blir konstruksjonen og elementene i varen stu-
dert, for å innhente kunnskap om hemmeligheten. Mye taler for at hemmeligheter av denne
karakter ikke skal nyte vern, siden en forretningshemmelighet som fremstår såpass tilgjenge-
lig at det enkelt kan finnes ut av den vitale viten, ikke oppfyller spesifikasjonskravet til at

³⁷ Harald Irgens-Jensen (2010) s. 182

³⁸ Se Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s. 48, samt Harald Irgens-Jensen (2010) s. 178

³⁹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen, 1966 s. 48

hemmeligheten må fremstå som tilstrekkelig *utilgjengelig*. På den andre siden kan det hevdes at svært *mye* informasjon vil kunne fremstå som lett tilgjengelig, hvilket kan ha negative konsekvenser for samfunnsutviklingen. Da vil flere aktører trolig vegre seg for å satse på innovative handlinger hvis konsekvensene er at resultatet ikke nyter vern. Det at en viten og komponentene i noe er *samlet* må bære preg av å ha en viss verdi. I Notflottør-dommen ble dette lagt til grunn, HR uttalte her at :

”tidkrevende og trolig kostbare forsøk hvis resultat når det gjelder muligheten for å få etablert en konkurransedyktig produksjon, kan stille seg uvisst. Dette er momenter som sterkt trekker i retning av at den produksjonsprosess som B hadde funnet frem til på den tid da A sluttet i bedriften, måtte betegnes som en bedriftshemmelighet som hadde vern etter straffelovens § 294 nr. 2”⁴⁰.

Av dette kan det utledes at en viten vil kunne fremstå som tilstrekkelig utilgjengelig gitt at det i sin helhet representerer en viss egenverdi. I tillegg at det hadde kostet en tredjepart en viss innsats og bruk av ressurser for å komme frem til den aktuelle viten.

Et annet moment som kan legges vekt på i vurderingen om noe er å anse som tilstrekkelig ukjent vil være hvorvidt den vitale viten fremgår av offentlige kilder. Dette var gjenstand for vurdering i SAS/Braathens-avgjørelsen. Høyesterett uttalte her:

”lagmannsretten har funnet det bevist at PNR-dataene gir grunnlag for kunnskap som Braathens ikke kunne få gjennom åpne kilder. Det fremgår videre at tilgangen til disse dataene blant annet gjør det mulig å få oversikt over hvor stort antall billetter som er solgt i hver prisgruppe på en flygning.

På bakgrunn av den bevisvurdering lagmannsretten har foretatt, finner jeg det ikke tvilsomt at kravet til foretaksspesifikkhet her er oppfylt.”⁴¹

Det kan av dette oppstilles en generell regel på at informasjon som *ikke* er offentlig tilgjengelig vil kunne oppfylle spesifikasjonskravet ved å være tilstrekkelig utilgjengelig.

⁴⁰ Rt. 1964 s. 238, s. 243

⁴¹ Rt. 2007 s. 1841 avsnitt 24-25.

Forarbeidene gir begrenset veiledning for hva som ligger i at en viten ikke må være lett tilgjengelig. Det eneste som kan sies å bære preg av å være veiledende vil være at en ”teknisk foranstaltning...etter omstendighetene også (kan) være vernet som bedriftshemmelighet selv om den ikke har den nødvendige oppfinnelseshøyde”⁴². En viten kan med andre ord være tilstrekkelig utilgjengelig til tross for at den ikke bærer preg av å være særskilt innovativ.

Hvorvidt informasjonen er tilstrekkelig utilgjengelig er et flytende spørsmål. Imidlertid vil de overnevnte momenter kunne tillegges vekt i den konkrete skjønnsutøvelsen og bidra til veiledning. Etter mitt skjønn foreligger det nærhet mellom gjeldende rett og direktivets vilkår på dette området. Derimot er det verdt å merke seg at vern av viten som er samlet og systematisert fremgår mer presist og klarere av direktivet enn det gjør av nasjonal rett, herunder at den nasjonale rettstilstanden kan synes noe diffus og uklar, jf. Notflottør-dommen.

3.4.2 Om bokstav b – kravet til handelsverdi

Så langt har vi sett at informasjonen ikke må være allmenn kjent eller lett tilgjengelig for at den skal nyte vern etter mfl. § 28. I henhold til artikkel 2 nr. 1 bokstav b oppstilles det videre et krav til at informasjonen må inneha *handelsverdi*. Noe tilsvarende krav synes ikke å foreligge presist etter gjeldende nasjonal rett. Imidlertid kan det argumenteres for at kravet til handelsverdi har nær sammenheng med kravet forarbeidene oppstiller om at informasjonen må være av ”betydning”⁴³ for virksomheten.

Kravet om at informasjonen både må være *spesifikk* og av *betydning*, synes til en viss grad å flyte over i hverandre. Dette kan underbygges av SAS/Braathens-dommen, hvor HR vurderer vilkårene i fellesskap⁴⁴, videre av juridisk teori hvor det uttales at ”...kravene overlapper nok til dels hverandre”⁴⁵.

At vilkårene innehar selvstendig betydning kan imidlertid forankres i at en viten av betydning ikke nødvendigvis tilsvarer at den er spesifikk. En aktør kan sitte med informasjon som er av

⁴² Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s.48

⁴³ Ot.prp.nr.57 (1971-1972), Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s. 48

⁴⁴ Rt. 2007 s. 1841, avsnitt 22-25.

⁴⁵ Harald Irgens-Jensen (2010) s. 176

betydning, men gitt at dette ikke er spesifikt, kan det tenkes at andre konkurrenter sitter med den samme informasjonen. Ergo vil ikke denne informasjonen være særlig praktisk. Da en viten som kun er betydningsfull, men ikke spesifikk, ikke kan sies å være av avgjørende verdi for virksomheten. Omvendt, at en viten er spesifikk men ikke av betydning, er mer aktuelt. Dette taler også for at vilkåret ”betydning” har en selvstendig verdi. Særlig hvis man innfortolker at betydningen må gi seg utslag i en form for verdi som bidrar til å skape en konkurransefordel. Imidlertid er dette et problem man sjelden ser i praksis. Det kan trolig begrunnes med at få bedrifter hadde påtatt seg belastningene som følger med et søksmål for å ha fått krenket en viten som ikke er av betydning.

Forarbeidene har ikke oppstilt noen krav til *hvordan* den spesifikke viten skal være av betydning for bedriften. Det som trolig er mest aktuelt er at informasjonen gir seg utslag i å gi virksomheten et konkurransefortrinn, dette blir også lagt til grunn i juridisk teori.⁴⁶ Eksempelvis kunne en bedrifts markedsstrategi gitt en konkurrerende virksomhet verdifull informasjon om det aktuelle markedet, som herunder kunne ledet til kostnadsbesparelser i form av å slippe å gjennomføre de aktuelle analysene selv. Dette momentet kan underbygges av Høyesterettspraksis hvor det uttales: ”*Det sentrale området for bestemmelsen er forhold av betydning for bedriftens konkurransesituasjon og/eller markedsføring*”⁴⁷. I lys av dette kan det legges til grunn at hvis informasjonen har verdi for en konkurrent eller andre, vil kravet til betydning kunne anses oppfylt.

Imidlertid kan det neppe oppstilles et kvantitativt krav til betydningen. Det foreligger ikke grunnlag for å kreve at den aktuelle viten skal gjøre driften ”lønnsom eller mer lønnsom enn konkurrentenes”⁴⁸. Dette er igjen med på å illustrere at hvorvidt vilkåret om betydning er oppfylt, er preget av fleksibilitet og skjønn som vil være gjenstand for tolkning av den konkrete situasjon.

⁴⁶ Tore Lunde mf. Markedsføringsloven med kommentarer s. 159

⁴⁷ Rt. 2003 s. 825 avsnitt 14.

⁴⁸ Harald Irgens-Jensen (2010) s. 235 med videre henvisninger.

De overnevnte vurderinger av vilkåret ”betydning” synes å inneha en nær sammenheng med art. 2 nr. 1 krav om ”handelsverdi”. Det foreligger ikke tungtveiende holdepunkter som tilsier at det ikke foreligger samsvar så langt.

Et aktuelt spørsmål vedrørende kravet til verdi oppstår videre som følge av en obiter dictum uttalelse fra HR:

”På bakgrunn av den bevisvurdering lagmannsretten har foretatt, finner jeg det ikke tvilsomt at kravet til foretaksspesifikkhet her er oppfylt. Jeg tilføyer at det i et tilfelle som det foreliggende må være tilstrekkelig for å oppfylle dette kravet at informasjonen har gjort det mulig å oppnå resultater som man ellers ville ha brukt mer tid eller mer ressurser på å oppnå, jfr. Harald Irgens Jensen: Forretningshemmeligheder i Nordisk Immaterielt Rättskydd nr. 6 for 2006”⁴⁹

Uttalelsen gir rom for å innfortolke et alternativt vilkår vedrørende de tilfellene spesifikasjonskravene ikke synes oppfylt. Herunder at informasjonen alternativt kan nyte vern som følge av at konkurrentene har spart tid eller ressurser ved å få kjennskap til informasjonen. Med andre ord kan kravene til spesifisering og betydning oppfylles på et alternativt grunnlag der informasjonen har verdi for en tredjepart. Uttalelsen synes å utvide det oppstilte verner som følger av lovteksten jf. forarbeidene.⁵⁰ Det foreligger derimot en begrensning i uttalelsen ”i et tilfelle som sådan”. Det betyr at det alternativet grunnlaget *muligens* vil komme til anvendelse, hvis det oppstår et tilfelle av *tilsvarende karakter* som i den nevnte dommen. Noe som igjen tilsier at terskelen for å legge det alternativet vilkåret til grunn er svært høy. Direktivet synes ikke å gi holdepunkter for en tilsvarende rettsforståelse. Med andre ord at spesifikasjonskravene i ethvert tilfelle må være oppfylt på selvstendig basis. Herunder at verdivurderingen av informasjonen i seg selv er ikke tilstrekkelig nok for å oppfylle kravene til foretaksspesifisering. Sistnevnte synspunkt kan vanskelig forankres i noe annet en naturlig forståelse av ordlyden i artikkelen. Problematikken er ikke blitt drøftet gjennom fortalen til direktivet.

⁴⁹ Rt.2007 s. 1841 avsnitt 25.

⁵⁰ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s. 48

3.4.3 Om bokstav c - "handlingsplikt"

Artikkel 2 nr. 1 bokstav c oppstiller et krav om at tiltak må være iverksatt for å verne om hemmeligheten. Dette kan blant annet forankres i mfl. § 28. I forståelse av begrepet "hemmelig" ligger en viss forventning av innsats for å verne om informasjonen. Spørsmålet er *hvor* mye innsats som kreves for at en viten skal anses beskyttet. Det må naturligvis foreligge en viss form for handling som indikerer at informasjonen er hemmelig.

I forarbeidene uttales det at *"Det må imidlertid stilles visse krav til bedriftens forhold for at en hemmelighet skal være beskyttet. Det må enten kreves at den uttrykkelig har markert kravet på hemmelighold eller at dette ligger klart i selve situasjonen"*⁵¹. Dette blir også lagt til grunn i SAS/Braathens-dommen hvor HR henviste til forarbeidene.⁵² At kravet til hemmelighold kan ligge i situasjonen, indikerer at terskelen for når noe er å anse som tilstrekkelig beskyttet ikke kan sies å være spesielt høyt. Dette tilsier at kravet til *fysiske* beskyttelsestiltak tilsynelatende er lavt.

Av SAS/Braathens-dommen fremgår det at vurderingen for hvorvidt noe er tilstrekkelig beskyttet også kommer an på hvordan overtrederen oppfatter den faktiske situasjonen. Dette kan underbygges av uttalelsen:

*"den anså det som bevist at de som opptrådte på vegne av Braathens, forsto at tilgangen ble gitt for at Braathens kunne utføre sine tjenester på en tilfredsstillende måte. På denne bakgrunn lå det i selve situasjonen at PNR-dataene som Braathens fikk tilgang til, utgjorde slike forretnings- eller bedriftshemmeligheter. Lagmannsretten la særlig vekt på at informasjonen lå i en database som det bare kunne gis tilgang til med samtykke fra Norwegian, og at dataene har kunnet gi grunnlag for utregning av informasjon som de aller fleste i flybransjen må ha ansett som ønskelig for det enkelte selskap å holde hemmelig. Det ble i denne vurderingen ikke lagt vekt på at Norwegian ikke hadde sørget for å stenge Braathens tilgang til Amadeus. Lagmannsretten fant det bevist at det ikke lå noen bevisst tanke bak denne unnlåtelsen, og at ingen i Braathens hadde hatt grunn til å tro at det gjorde det."*⁵³

⁵¹ Ot.prp.nr.57 (1971-1972), innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966, s. 48

⁵² Rt. 2007 s. 1841, avsnitt 22.

⁵³ Rt. 2007 s. 1841, avsnitt 26.

På grunnlag av at Braathens ikke ”hadde hatt grunn til å tro” at det ikke forelå noen bevisst tanke bak at tilgangen til PNR-dataen ikke var blitt fjernet, og at det var tale om informasjon som de aller fleste i flybransjen må ha ansett som ønskelig for å holde hemmelig, vil dette være med på å underbygge at overtrederens faktiske oppfatning av situasjonen må tillegges vekt.

Det finnes ingen fasitsvar på hvor grensen går for at noe kan anses for å være beskyttet. Det er imidlertid belegg for å hevde, på grunnlag av foregående drøftelser, at terskelen neppe kan sies å være spesielt høy. Hensynene bak bestemmelsen tilsier for øvrig at det må foreligge en vilje til å holde noe hemmelig for at informasjonen skal nyte vern. Er det intet som tyder på at informasjonen blir holdt hemmelig, kan den heller ikke sies å være det. Vurderingstemaet vil uansett være gjenstand for skjønn, og konklusjonen må ligge i en konkret helhetsvurdering av det konkrete tilfellet. Målt opp mot direktivet lar det seg vanskelig oppstille et skarpt skille. Det som imidlertid kan volde problematikk er om ordlyden i art. 2 nr. 1 c åpner for at beskyttelsestiltak-kravet kan anses oppfylt på grunnlag av at det ”ligger i situasjonen”. Ordlyden til bestemmelsen er til en viss grad elastisk jf. ”under de givne omstændigheder”, hvilket kan tale for at det foreligger adgang til å innfortolke at noe er tilstrekkelig beskyttet fordi det ligger eksplisitt i situasjonen.

3.5 Konklusjon

Vilkårene som oppstilles for at noe skal være å anse som en ”bedriftshemmelighet” etter mfl. § 28 kan sies å være elastiske og gi rom for skjønn. Dette bærer også artikkel 2 nr. 1 sine vilkår preg av ved anvendelse av begrepsbruk som ”almindeligt kendt”⁵⁴ og ”handelsværdi”⁵⁵. På grunnlag av den skjønnspregede utformingen kan det argumenteres for at det samlet sett foreligger samsvar, noen utpregede forskjeller kan neppe ikke sies å foreligge.

Poenget med dette direktivet er å få en så ensartet lovgivning som mulig i de forskjellige medlemslandene, og unngå forskjellig tolkning fra land til land. Derfor kan det stilles spørsmål

⁵⁴ Direktivets art. 2 nr. 1 bokstav a

⁵⁵ Direktivets art. 2 nr. 1 bokstav b

ved den skjønnspregede ordbruken til direktivet. På den andre siden fremstår art. 2 nr. 1 svært detaljert i sin utforming i motsetning til mfl. § 28. Et aktuelt samsvar lener seg på en tolkning av forarbeidene til mfl. § 28, til forskjell fra art. 2 nr. 1. Det er da grunn til å påstå at det ikke foreligger samsvar mellom kravene direktivet oppstiller og norsk rett med tanke på *tilgjengelighet*. Av rettspraksis fra EF-domstolen foreligger det et ulovfestet prinsipp som tilsier at direktiver må gjennomføres på en slik måte at folket klart kan forutberegne sin rettsstilling.⁵⁶ Dette taler for at det vil kunne oppstå et krav til revidering av lovtekst, enten ved henvisning til direktivteksten gjennom en enkelt paragraf, eller ved gjengivelse av teksten som fremgår av direktivet.

4 Lovlig ervervelse, bruk og ”videregivelse” av forretningshemmeligheter

4.1 Innledning

Artikkel 4 har til formål å klargjøre hva som er å anse som rettmessig erverv, bruk og ”videregivelse” av forretningshemmeligheter. Bestemmelsen skaper herunder forutberegnelighet for folket. Ordlyden synes å indikere at informasjon som er anskaffet etter litra a-c ikke krever en urimelighetsvurdering etter art. 3, da ervervet i hvert tilfelle vil være lovlig. Terminologien ”videregivelse” blir ikke anvendt i det norske skriftspråket. En naturlig forståelse av begrepet er å gjøre hemmeligheten kjent for en annen.

Artikkel 4 nr. 1 har følgende utforming:

”Lovlig erhvervelse, brug og videregivelse af forretningshemmeligheder

1. Erhvervelse af forretningshemmeligheder betragtes som en lovlig handling, hvis forretningshemmeligheden erhverves ved:

a) uafhængig opdagelse eller skabelse

b) observation, undersøgelse, demontering eller test af et produkt eller en genstand, som offentligheden har fået adgang til, eller som den person, der erhverver oplysningerne, lovligt er i besiddelse af

⁵⁶ EØS-RETT, 2.utgave s. 49

c) udøvelse af arbejdstagerrepræsentanternes ret til information og høring i overensstemmelse med Unionens eller national lovgivning og/eller praksis

d) enhver anden praksis, som under de givne omstændigheder er i overensstemmelse med redelig erhvervspraksis.”

4.2 Lovlig ervervelse etter art. 4 nr. 1

4.2.1 Bokstav a - uavhengig oppdagelse og skapelse

I bokstav a understrekes det at uavhengige oppdagelser eller skapelser er legitimt. Ved ”uafhængig opdagelse eller skabelse” forstår man noe som er blitt utrettet/ gjort på selvstendig basis. Omvendt vil et funn ikke være uavhengig, hvis informasjon fra andre virksomheters hemmelighet har vært nødvendig for å komme frem til oppdagelsen. Derimot vil et funn kunne være uavhengig når to konkurrenter arbeider med samme forskning og kommer frem til samme resultat uavhengig av hverandre. Hvorvidt dette skjer samtidig, eller at den ene bedriften kommer frem til resultatet en tid etter den annen er uten betydning. Funnet vil være å anse som lovlig. Dette fremgår også av direktivet, hvor det legges til grunn at der er ”muligt at gøre en uafhængig opdagelse af samme knowhow eller oplysninger”⁵⁷. Av dette kan det også utledes at det ikke foreligger noen enerett på et eventuelt funn.

En oppdagelse som har sett dagens lys på grunnlag av eller ved hjelp en tredjepersons oppdagelse kan vanskelig resultere i et uavhengig funn. Til tross for at funnet er et resultat av betydelig egeninnsats, vil det fortsatt ikke være *uavhengig* hvis vedkommende var avhengig av en foreliggende oppdagelse for å komme frem til resultatet. Imidlertid kan en oppdagelse av sistnevnte karakter være legitim etter bokstav b, alternativt etter bokstav d.

4.2.2 Bokstav b - ”reverse engineering”

I bokstav b blir det gjort rede for såkalt ”reverse engineering”, altså omvendt utvikling. Dette vil basere seg på at man kjøper et produkt, skur det fra hverandre og oppdager en viten gjennom studering av konfigurasjonen. Dette vil være legitimt, såfremt man er i lovlig besittelse av produktet eller gjenstanden. Vilklårene for rettmessigheten av dette er blant annet at offentligheten må ha fått adgang til produktet. Som oftest vil dette fortone seg i at produktet er lan-

⁵⁷ Direktivets fortale s. 14 punkt 10

sert for salg på markedet, eventuelt at en person har fått lovlig adgang til produktet. Hvor stor betydning sistnevnte vil ha i praksis kan diskuteres. Det kan neppe tenkes at en person får lovlig tilgang til et produkt som ikke er tilgjengelig for offentligheten, uten at det vil foreligge en fortrolighetsklausul på at informasjonen produktet fører med seg vil være gjenstand for taushetsplikt.

Hensynene bak bestemmelsen kan være å opprettholde en sunn balanse i markedet. Omvendt utvikling vil til en viss grad forhindre monopolsituasjoner i form av at konfigurasjonen bak et produkt vil kunne fremstå som mer åpenlys enn ellers. Således vil bestemmelsen også gagne forbrukerne. Et forbud mot omvendt utvikling kan lede til at mange bedrifter får enerett på sin kunnskap, som igjen kan føre til en negativ konkurranse og markedsdominans.

4.2.3 Bokstav c – tillitsvalgte rett på informasjon og høring

I dette alternativet blir det slått fast at arbeidstakerrepresentanters informasjonsservise er legitimt når det skjer etter hjemmel i unionens eller nasjonal lovgivning. Tilfeller som inngår under dette alternativet kan eksempelvis være drøfting av fortrolige opplysninger som skal holdes hemmelig så lenge som mulig, eller drøfting med arbeidstakere om forhold som gjelder fremtidig ned,- eller oppskalering av en bedrift. Et annet typetilfelle vil være arbeidstakeres rett til å komme til ordet i saker som gjelder arbeidsforholdet.

4.2.4 Bokstav d - redelig ervervspraksis

Bokstav d er en relativt vidtrekkende bestemmelse. Den legitimerer enhver annen praksis som har skjedd under omstendigheter som er i overensstemmelse med redelig ervervspraksis. Med erverv siktes det til anskaffelse av informasjon. På grunnlag av denne klausulen foreligger det ikke belegg for å tolke bestemmelsen antitetisk, noe som ville tilsagt at alt som ikke er dekket av denne bestemmelsen ville vært å anse som rettsstridig misbruk (rettsstridig misbruk er for øvrig dekket av art. 3). Artikkel 4 er med andre ord ikke uttømmende. Hva som er ”redelig praksis” vil kunne være gjenstand for variasjon gjennom samfunnsutvikling. Bestemmelsens generelle utforming gjør at dette hensynet blir ivaretatt. Å regulere rammevilkår på en således måte vil være nødvendig på grunnlag av samfunnsøkonomiske hensyn, da anskaffelse av informasjon kan bidra til en lønnsom utvikling.

Typetilfeller som kan falle inn under dette alternativet kan eksempelvis være erverv av en viten som har forekommet ved hjelp av samarbeid og tilfeller hvor en arbeidstaker får legitim adgang til informasjon som en del av sitt yrke.

4.3 Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 4?

”Lovgiverteknikken” som anvendes etter denne artikkelen er ikke vanlig etter den norske lovgivningssystematikken, hvor bestemmelsene bærer preg av å være negativt avgrenset. Alternativene i denne artikkelen kan dels forankres i ulovfestet rett, mfl. § 28 jf. strl § 405 a, samt mfl. § 25.

4.4 Er norsk rett i samsvar med artikkel 4 nr. 1?

4.4.1 Om bokstav a – uavhengig oppdagelse og skapelse

Uavhengig oppdagelse og skapelse vil også være rettmessig etter norsk lov. Dette kan forankres i ulovfestede prinsipper. Hensynet bak legitimitet av dette kan blant annet forankres i at innovativ skapelse og utvikling ganger samfunnet. Nye fremstillinger kan være samfunnsnyttig og gagne forbrukerne, og nye oppdagelser bidrar til opprettholdelse av sunn konkurranse. Ved at en aktør stadig streber etter å skape/dekke et behov kan dette legge press på de resterende konkurrentene, som bidrar til en samfunnsnyttig utvikling.

4.4.2 Om bokstav b – ”reverse engineering”

Rettmessigheten av omvendt utvikling kan blant annet forankres i strl. § 405 a, hvor det fremgår av forarbeidene at en viten som er ervervet gjennom omvendt utvikling ikke kan sees som ervervet på ”urimelig måte”⁵⁸. Det samme må derfor sies å gjelde for mfl. § 28 jf. § 48. Legitimiteten av dette kan ytterligere underbygges av SAS/Braathens-dommen⁵⁹, hvor det kan utledes at erverv av en hemmelighet benyttet av offentlige tilgjengelige kilder vil være berettiget.

⁵⁸ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966, s. 51

⁵⁹ Rt. 2007 s. 1841 avsnitt 24-25

I innstilling fra konkurranselovkomiteen er det også uttrykt at omvendt utvikling er rettmessig. Det uttales her *”(d)et må således i sin alminnelighet være tillatt ved analyse av markedsførte produkter eller ved granskning av alminnelige tilgjengelige data å komme på spor etter ”hemmeligheter” som konkurrentene helst vil bevare for seg selv”*⁶⁰.

Imidlertid foreligger mange andre regler som vil kunne hindre at ”omvendt utvikling” forekommer. Blant annet åndsverkloven § 2. Videre vil mfl. § 30 kunne ramme produkter som fremstår som en etterlikning av et annet produkt.

4.4.3 Om bokstav c – tillitsvalgtes rett på informasjon og høring

”Arbejdstager” kan ha forskjellig betydning fra land til land i unionen. Imidlertid gir ordlyden etter bokstav c adgang til å legge hvert enkeltstående lands betydning til grunn, jf. ”ret til information og høring i overensstemmelse med...national lovgivning”⁶¹.

Etter norsk rett blir adgang til informasjon blant annet forankret i arbeidsmiljøloven⁶² kapittel 8. Kapittelet stiller minstekrav for informasjon og drøfting med arbeidstakerrepresentanten. En snever unntaksregel foreligger imidlertid i aml. § 8-3 (2) om fortrolig informasjon. Herunder at en aktuell drøftelse eller videreformidling av informasjon er unntatt i de tilfellene det ”åpenbart” vil kunne skade bedriften. Begrepet ”åpenbart” beskriver en høy terskel, og det skal mye til for at denne unntaksregelen vil komme til anvendelse siden pålegg om taushetsplikt i de fleste situasjoner vil kunne eliminere risiko for skade.⁶³

Videre er retten til informasjon og høring blitt autorisert gjennom diverse forskrifter⁶⁴ som vedrører europeiske samvirkeforetak og selskaper, samt gjennom implementeringen av EU-

⁶⁰ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966, s. 50

⁶¹ Jf.art. 4 nr. 1 c

⁶² Heretter forkortet ”aml.”

⁶³ Ot.prp.nr.49 (2004-2005)

⁶⁴ FOR-2006-11-03-1213, FOR-2005-04-01-273

direktiv 2002/14/EF som omhandler informasjon og konsultasjon mellom arbeidsgivere og arbeidstakernes representanter.⁶⁵

4.4.4 Om bokstav d – redelig ervervs praksis

Bokstav d dekker typetilfeller som er i overensstemmelse med redelig ervervs praksis, situasjonen tatt i betraktning. Dens generelle utforming er for øvrig i tråd med nasjonal lovgiverteknikk. Bestemmelsen kan sies å rette seg mot praksis mellom næringsdrivende. Det kan av dette muligens trekkes en parallell til mfl. § 25 om god forretningsskikk.

Spørsmålet blir for det første her om det foreligger mulighet til å anvende mfl. § 25 i tillegg til mfl. § 28. I Rt.1995 s. 1908 uttalte HR at det må utvises forsiktighet med å anvende generalklausulen ”på forhold av lignende karakter som omhandlet i spesialbestemmelsene når vilkåret etter disse ikke er oppfylt”⁶⁶. Det kan av dette utledes at mfl. § 25 muligens vil ha begrenset betydning hva angår mfl. § 28. Imidlertid ble det lagt til grunn i Iskremdommen at generalklausulen ”kan komme til anvendelse uavhengig av om tilfellet saklig sett også reguleres av en spesialbestemmelse”⁶⁷. Likevel er det oppstilt en modifikasjon for enkelte tilfeller, jf. Rt.1998 s. 1315.

Direktivet tar sikte på å verne konkurransen næringsdrivende seg imellom, som også er siktemålet til mfl. § 25. Av mfl. § 25 legges det til grunn at ”I næringsvirksomhet må det ikke foretas en handling som strider mot god forretningsskikk næringsdrivende imellom”. Av formuleringen ”imellom” kan det legges til grunn at bestemmelsen retter seg mot handlinger som blir foretatt mellom minst to næringsdrivende, og at vurderingen gjelder konkurransehandlinger dem imellom. Etter mfl. § 25 foreligger det videre ikke et krav om at handlingen må affektere forbrukerne.⁶⁸ Hvorvidt noe er å anse som god forretningsskikk eller ei vil bero på en skjønnsmessig vurdering. Skjønnnet må utøves med tanke på stedet og tiden handlingen ble begått på.⁶⁹ Den generelle oppfatningen næringsdrivende seg imellom på hva som er å anse

⁶⁵ Jf. EØS-avtalen Vedlegg XVIII (Se også st.prp.nr. 52 (2002-2003))

⁶⁶ Rt. 1995 s. 1908, s. 1918

⁶⁷ Rt.1998 s. 1315, s. 1322

⁶⁸ Ot.prp. nr. 57 (1971-1972)

⁶⁹ Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966 s. 30

som ”god forretningsskikk”, vil imidlertid ikke alene være avgjørende for om handlingen er legitim. Dette fremgår av Iskremdommen hvor HR legger til grunn:

”"God forretningsskikk" verner i likhet med de aktuelle spesialbestemmelsene om lojaliteten i næringslivet, og henviser til en alminnelig lojalitetsvurdering. Ved denne vurderingen kan både forhold av subjektiv karakter og de objektive kriteriene i saken være relevante.”⁷⁰.

Direktivet gir ikke noe nærmere utredning på hva som er redelig ervervspraksis, og heller ikke rettledning på hvilke momenter skal legges til grunn ved vurderingen. I dette ligger at HR sine krav om at subjektive og objektive kriterier skal tas i betraktning ikke kan stride mot direktivets virkemål. Tvert imot taler hensyn for at det ved vurderingen av hva som er redelig ervervspraksis må objektive kriterier, på lik linje med subjektive kriterier, kunne vektlegges, herunder at et objektiv vurderingskriterium vil kunne regulere en mindre heldig utvikling næringsdrivende imellom.

Det kan på grunnlag av overnevnte momenter argumenteres for at mfl. § 25 regulerer de samme hensyn som er ment ivarettatt gjennom art. 4 bokstav d, herunder at rettstilstanden samsvarer med hverandre.

Vedrørende erverv som har skjedd gjennom utvikling i fellesskap, sameie i teknologi, vil dette også kunne fremstå som kurant. I cirrus-dommen la mindretallet vekt på samarbeidet partene imellom, og uttalte i den forbindelse:

”Etter mitt syn måtte hver av partene, da avtaleforholdet opphørte, kunne nyttiggjøre seg de teknologiske resultatene en i fellesskap var kommet frem til.”⁷¹

Mindretallet la vekt på at de teknologiske resultatene var et resultat av arbeid i fellesskap, og at partene på grunnlag av dette måtte kunne nyttiggjøre seg resultatet. Med andre ord vil det ikke i disse tilfellene kunne sies å foreligge et tilsvarende spenningsforhold mellom arbeidstakere og arbeidsgiver som i de tilfellene arbeidsgiveren har behov for vern av informasjon på grunnlag av at arbeidstakeren skifter jobb. Imidlertid oppstilte de også en begrensing:

⁷⁰ Rt. 1998 s. 1315 s.1322

⁷¹ Rt. 1997 s. 199, s. 229

*”Men det må oppstilles en grense for i hvilken grad Cirrus' tegninger kunne utnyttes i prosjekteringen av en ny båt. Det ville klart være i strid med markedsføringsloven å bygge båter der endringene i forhold til Cirrus' konstruksjon var uvesentlige, slik at det tegningsmaterialet en satt på, kunne brukes nærmest uendret”.*⁷²

Av dette forstår man at det muligens kan utledes en grense for hva som er tillatt. Harald Irgens-Jensen uttaler i sin artikkel vedrørende dette at:

*”En tommelfingerregel når det gjelder utnyttelse av tekniske kunnskaper, kan kanskje være at jo større konkurransemessig betydning de trekk som finnes i både krenkerens og den krenkedes produkter har, jo lettere vil det foreligge rettsstrid. Dette legger opp til at domstolene må identifisere den kunnskap som de mener faktisk blir utnyttet, og bare det kan være en viktig garanti for at de ikke går for langt i den tidligere arbeidsgivers favør.”*⁷³

Hensynet til fritt valg av arbeidsgiver er med andre ord av vesentlig betydning. Vurderingen det legges opp til vedrørende redelig praksis må bero på en avveining mellom konkurransefordelen informasjonen gir samt hensynet til arbeidstakers yrkesfrihet. På grunnlag av bokstav d sin generelle utforming er det neppe belegg for å hevde at nasjonal rett ikke samsvarer på dette punktet.

4.5 Konklusjon

Artikkel 9 bærer preg av å være ”positivt avgrenset”. Herunder at handlinger som ikke dekkes av bestemmelsen er ”negativt avgrenset”, med andre ord urettmessig. Av foregående drøftelse, bokstav d, foreligger det imidlertid et forbehold om at ervervshandlinger som betraktes som redelige ikke er rettsstridig. Oppstillingen i bestemmelsen er med andre ord ikke uttømmende. ”Lovgiverteknikken” som er anvendt i denne artikkelen blir ikke praktisert etter markedsføringsloven, ei heller noen annen norsk lov etter mine erfaringer. Et grunnprinsipp i den norske lovgivningssystematikken er legalitetsprinsippet. Det gir pålegg om at det aldri skal forekomme inngrep uten hjemmel. Derav kan det ikke forekomme inngrep etter mfl. § 28 hvis ikke ordlyden dekker tilfellet. Handlinger som ikke dekkes av ordlyden kan foretas lovlig av folket, herav en positiv avgrensning (med forbehold om at gjerningen ikke strider mot andre

⁷² Rt. 1997 s. 199 s. 229

⁷³ Harald Irgens-Jensen (2006) s. 580.

relevante bestemmelser, f.eks. mfl. § 25, strl. §§ 294, 405 a). Det er derfor grunnlag for å hevde at det foreligger samsvar.

Hvorvidt det likevel kunne vært formålstjenlig å integrere bestemmelsen i lovverket kan diskuteres. Gjennom rettspraksis fra EF-domstolen er det utviklet et ulovfestet prinsipp som tilsier at direktiver må gjennomføres slik at folket klart kan forutberegne sin rettsstilling.⁷⁴ Dette kan tale for at en integrasjon av artikkelen burde finne sted, spesielt med tanke på at næringslivets dynamikk foregår på tvers av landegrensen. Et tilsvarende homogent lovverk kan virke betryggende for aktører som ønsker å ekspandere sin virksomhet til Norge. På den andre siden fremgår det etter EU-avtalen art. 288 at det er direktivets ”tilsiktete mål” som er bindende. Den avgjørende faktor ved integrasjon er at lovgiver er lojale mot direktivets tilsiktede målsetning. Hensynet bak bestemmelsen er at hvert land skal kunne innarbeide direktiver i overensstemmelse med egen lovgivningssystematikk. Dette kan forankres i EØS-avtalens hoveddel art. 7 hvor det legges til grunn at ”det skal overlate(s) til avtalepartens myndigheter å bestemme formen og midlene for gjennomføringen”. Det kan derfor hevdes at Norge fortsatt er lojal direktivets målsetning til tross for at bestemmelsen ikke blir integrert på en således måte.

5 Sanksjoner

5.1 Innledning

For at den juridiske beskyttelsen av forretningshemmeligheter skal ha en reell virkning i praksis, er det tvingende nødvendig å oppstille sanksjoner som supplerer det nedlagte vernet. Sanksjonene vil i henhold til de aktuelle bestemmelsene kunne gjøres gjeldende ved urettmessig inngrep i forretningshemmeligheter.

Direktivet oppstiller sanksjoner i form av midlertidige foranstaltninger, samt korrigerende foranstaltninger og forbud. Vedrørende sistnevnte fremgår det av fortalet til direktivet at de skal være langvarige nok til å fjerne enhver kommersiell fordel overtrederen har oppnådd som

⁷⁴ EØS-RETT, 2.utgave s. 49

følge av den ulovlige anvendelsen av hemmeligheten⁷⁵. De har således en avskrekkende og preventiv virkning.

Det må presiseres at midlertidige forføyninger på mange måter ikke sies å være en *sanksjon*. Grunnen er at forbudene i dette henseende blir vedtatt på forestående hendelser, som ikke er en virkelig sanksjonering på den lovstridige handlingen som allerede har forekommet.

5.2 Artikkel 9 – Midlertidige og rettsbevarende foranstaltninger

5.2.1 Innledning

For å hindre at en part får forringet sine verdier ytterligere som følge av en krenkelse er det i art. 9 oppstilt regler om midlertidige foranstaltninger. Disse reglene kan gjøre seg gjeldende i tiden fra et søksmål reises til rettskraftig dom for hovedkravet er avsagt. En midlertidig foranstaltning vedrører handlinger som en part enten må foreta, unnlate eller tåle, eventuelt at gode blir fratatt den saksøktes part besittelse, jf. art. 9. Disse vil tre i kraft nærmest umiddelbart etter begjæring fra den krenkede part.⁷⁶

Det foreligger mulighet til å få nedlagt en midlertidig foranstaltning idet krenkelsen pågår. Dette kan forankres i ordlyden til art. 9, hvor det fremgår at myndighetene kan pålegge saksøkte ”retsbevarende” foranstaltninger. Dette tilsvarer et ”føre var- prinsipp”, herunder at artikkelen skal ha en preventiv effekt i situasjoner hvor det foreligger mulighet for skade. Denne fortolkningen kan også underbygges av fortalen til direktivet, hvor det uttales:

”En tredjeparts ulovlige erhvervelse af en forretningshemmelighed kan få ødelæggende konsekvenser for den retmæssige forretningshemmelighedshaver, for når forretningshemmeligheden først er offentliggjort, vil den pågældende forretningshemmelighedshaver ikke kunne vende tilbage til den situation, der var gældende, før forretningshemmeligheden gik tabt. Det er derfor tvingende nødvendigt at indføre bestemmelser om hurtig adgang til midlertidige foranstaltninger, som omgående kan bringe

⁷⁵ Direktivets fortale s. 15 punkt 16

⁷⁶ Direktivets fortale s. 15 punkt 15

den ulovlige erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed til ophør.”⁷⁷

Det kan videre problematiseres om det foreligger en mulighet til å få nedlagt foranstaltninger på *forestående* krenkelser. Altså en krenkelse som ennå ikke har inntrådt. Direktivet gir ikke noe videre rettleiding angående denne problematikken. Problemstillingen kan sies å være aktuell når en person lovlig har ervervet kunnskap om en hemmelighet, eksempelvis en arbeidstaker hvis oppførsel tilsier at rettsstridig bruk av informasjonen snart vil komme til å inntre. Grunnlaget for å ilegge et forbud på en hendelse som ennå ikke har inntrådt vil fremstå som usikkert. Det betyr at en part kan bli ilagt en foranstaltning på urettmessig grunnlag. På den andre siden tilsier artikkelens overordnede siktemål at dette bør være mulig. Bestemmelsen formål er å avverge skade. Desto tidligere en foranstaltning kan tre i kraft jo mindre vil skadeomfanget av den aktuelle krenkelsen bli. Videre fremgår det av Marcus Norrgård sin avhandling i ”Interimistiska förbud i immaterialrätten” at det foreligger grunnlag for å ilegge forbud på forestående hendelser både i engelsk, svensk, dansk og tysk rett.⁷⁸ Gode grunner taler derfor for at en slik fortolkning synes legitimt.

Videre må det foretas en interesseavveining fra retten angående ileggelse av en foranstaltning.⁷⁹ I denne avveiningen må det sees hen til begge parter interesser. I dette ligger at konsekvensene for både saksøker og saksøkte ved påleggelse av en foranstaltning, må tillegges vekt.

5.3 Artikkelen 9 nr. 1 – midlertidige foranstaltninger

Der en forretningshemmelighetshaver påstår seg krenket av en tredjeperson i form av urettmessig anvendelse av informasjon, blir det i artikkel 9 oppstilt følgende midlertidige foranstaltninger som kan nedlegges på vegne av den angivelige overtrederen.

⁷⁷ Direktivets forale s. 15 punkt 15

⁷⁸ Marcus Norrgård, Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2002 s. 271

⁷⁹ Direktivets forale s. 15 punkt 15

5.3.1 Bokstav a

Av artikkel 9 nr. 1 bokstav a fremgår det at saksøkte kan bli pålagt å ha ”*midlertidigt ophør med, eller i givet fald midlertidigt forbud mod, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheden*”

Etter en alminnelig språklig forståelse tilsier begrepet ”ophør” at noe må avvikles. I dette hen-
seende at all form for virksomhet som foretas på vegne av hemmeligheten må avvikles; pro-
duksjon, markedsføring, salg, avtaleinngåelse der hemmeligheten er et nødvendig element og
lignende. Direktivet gir ingen indikasjoner på at dette begrepet skal forstås annerledes enn den
overnevnte tolkningen. Forføyningen bærer preg av å være svært inngripende og streng. Imid-
lertid er det tatt inn et forbehold med formuleringen ”i givet fald”, som tilsier at ”ophør” ikke
vil komme til anvendelse der sakskomplekset ikke gjør det nødvendig, eventuelt forsvarlig.
Dette kan underbygges av den engelske utgaven hvor formuleringen ”as the case may be”⁸⁰ er
anvendt. Dette henger for øvrig godt sammen med at det må foretas en interesse avveining ved
ileggelse av foranstaltning.⁸¹

Hvis omstendighetene rundt saken tilsier at en fullstendig avvikling av virksomheten ikke er
nødvendig kan det blant annet nedlegges midlertidig forbud mot bruk av forretningshemme-
ligheten. En naturlig forståelse av et forbud mot ”brug” tilsier at det ikke er tillatt å anvende
opplysninger om hemmelighetens innhold. Eksempelvis kundelister, markedsundersøkelser
og produksjonsprosesser. I sin helhet bærer vilkårene ”ophør” og ”brug” preg av å være gene-
relt utformet. Betegnelseene er svært elastiske begreper, og kan til en viss grad sies å overlappe
hverandre. Det problematiske med formuleringer av en slik karakter er at det vanskelig kan
foretas en presis sondering av hva forbudet går ut på. Eksempelvis kan et forbud mot ”brug”
tolkes på en slik måte at innholdet i forbudet tilsvarer et egentlig påbud om ”ophør”. Et for-
bud mot å *bruke* hemmeligheten, på lik linje med ”ophør”, kan tilsi at produksjon, markedsfø-
ring og avtaleinngåelser ikke må finne sted hvis det bærer preg av å forankre seg i hemmelig-
heten. På den andre siden kan et forbud mot ”brug” tolkes snevrere enn ”ophør”. Eksempelvis
at det kun er den *egentlige* bruken som må opphøre, som produksjon av krenkende varer. Der-

⁸⁰ <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0813:FIN:EN:PDF> side. 21, art 9 nr. 1
bokstav a.

⁸¹ Direktivets fortale s. 15 punkt 15

av at markedsføring kan være tillatt siden man ikke anvender hemmeligheten på lik linje som ved produksjon. En slik forståelse synes imidlertid noe meningsløs. Direktivet gir ingen videre veiledning for hvordan begrepene presist differensierer seg fra hverandre. De overnevnte begrepene synes med dette å reise vanskelige tolkningsspørsmål. Da en isolert tolkning av begrepene ikke gir et entydig svar på hvilket meningsinnhold forbudet er ment å ha. Dette underbygger de negative konsekvensene med en for generell ordlyd i et forbuds-perspektiv.

Et tredje alternativ er å nedlegge et forbud mot ”videregivelse” av hemmeligheten. Dette berører de tilfellene informasjonen blir åpenbart til en tredjeperson. Alternativet er mer presist angitt enn de overnevnte, da et forbud mot å gi en tredjeperson informasjon om hemmeligheten fremstår som mindre tvetydig. Et forbud mot ”videregivelse” kan være aktuelt i de tilfellene to personer har kommet frem til et funn sammen, men det strides om det foreligger sameie eller om hemmeligheten kun tilhører den ene part. Herunder at saksøker vil forsikre seg om at hemmeligheten ikke blir solgt eller videreformidlet inntil rettsstriden er blitt oppklart.

En samlet vurdering tilsier at det kan stilles spørsmålstegn rundt utformingen av foranstaltningene i bokstav a. Forbudene kan til en viss grad sies å være for vidt avgrenset. Den generelle ordlyden kan bidra til at forbudet ikke blir presist nok angitt, herunder at saksøkte ikke vil vite hva han lovlig kan foreta seg, og at saksøkte kan forsøke å tolke ordlyden mer snevert slik at forbudet mister sin tilsiktede effekt. Mot dette kan det innvendes at et for presist forbud kan være lettere å omgå for den angivelige overtrederen hvis vedkommende har lyst til det, som på mange måter gjøre vold på artikkelens tilsiktede formål.

5.3.2 Bokstav b

Bokstav b omhandler ”*forbud mod fremstilling, udbud til salg, markedsføring eller brug af krænkende varer eller import, eksport eller oplagring af krænkende varer med henblik herpå*”

Med ”krænkende varer” forstår man varer hvis utforming, kvalitet, fremstillingsprosess eller markedsføring i vesentlig grad drar fordel av forretningshemmeligheten.⁸² Hva som er en ”vesentlig fordel” må vurderes konkret.

⁸² Jf. direktivets art. 2 nr. 4.

Foranstaltningen bærer på lik linje med bokstav a, preg av å være inngripende og streng. Det foreligger her et forbud mot produksjon, jf. ”fremstilling”. Dette kan være praktisk i de tilfellene hvor det også er nedlagt et forbud mot salg og markedsføring. Konkretiseringen kan synes nødvendig for at den angivelige overtrederen ikke skal kunne omgå de resterende forbud. Videre foreligger det et forbud mot ”brug...med henblik herpå” som betyr at anvendelse av ”krænkende varer”, med mål om å fremme salg eller markedsføring gjennom import, eksport eller opplagring i et sånt henseende, ikke vil være tillatt.

Problematiske kan ”utbud til salg” fremtøne seg. En kan tenke seg at den krenkende varen er et vaskepulver som blir solgt til frittstående butikker. Spørsmålet blir her om forbudet mot salg vil strekke seg helt til det siste leddet, hvilket vil være utenfor overtreders kompetanseområde, gitt at det ikke foreligger noen særskilt avtale som regulerer dette dem imellom.

5.3.3 Bokstav c

Av bokstav c fremgår det at *”beslaglæggelse eller udlevering af de formodet krænkende varer, herunder importerede varer, med henblik på at forhindre markedsføring eller omsætning heraf på markedet.”* kan være gjenstand for forbud.

Alternativet omhandler ”beslaglæggelse”, som tilsvarer en midlertidig inndragelse av varene. Eventuelt kan den saksøkte part bli pliktet til å levere ut varene for å forhindre markedsføring eller omsetning på markedet. Inndragelse eller utlevering av de angivelige krenkende varer kan være et viktig virkemiddel for å kunne oppfylle kriteriet om forhindring av markedsføring og omsetting. Dette alternativet kan også volde problematikk vedrørende kompetanseområdet til den som er saksøkt. Det kan tenkes at det kun er tale om inndragelse og utlevering av varer, hvor saksøkeren har myndighet til å etterkomme dette forbudet. Imidlertid kan situasjonen forespeile seg slik at varene allerede er i omløp hos flere frittstående forhandlere, både utenlands og innlands. Forbudet vil da bære preg av å nærmest være umulig å etterkomme.

5.4 **Artikkel 9 nr. 2 – økonomisk garantistillelse**

Av art. 9 nr. 2 blir følgende lagt til grunn:

”Medlemsstaterne sikrer, at de retslige myndigheder kan gøre fortsat påstået ulovlig erhvervelse, brug eller videregivelse af en forretningshemmelighed betinget af garantistillelse med det formål at sikre forretningshemmelighedshaveren kompensation.”

Av ordlyden fremgår det at de rettslige myndigheter kan gjøre et eventuelt forbud betinget av en økonomisk garantistillelse fra saksøkeren til den angivelige overtrederen. Et forbud som viser seg å være feilaktig kan få alvorlige konsekvenser for den saksøkte part. Ved å ha et krav om økonomisksikkerhetsstillelse fra saksøkeren til den saksøkte part kan skaden som blir påført saksøkeren ved en feilaktig anklagelse til en viss grad kompenseres hurtigere enn ellers. I tillegg vil et krav om økonomiske garantistillelse virke preventiv mot grunnløse anklagelse. Dette alternativet underbygger hvor viktig interesseavveilingen som må foretas ved nedleggelse av en foranstaltning er.

5.5 **Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 9?**

For å kunne avgjøre om artikkel 9 er i overensstemmelse med norsk rett må det først sees i henhold til hvilke rettigheter artikkelen vedrører. Etter det norske lovverket er prinsippet om midlertidige foranstaltninger forankret i flere lovverk. Det må altså foreligge en forbudsparagraf for at bestemmelsene i tvistelovens kapittel 34 skal komme til anvendelse.

Det fremgår ikke direkte av ordlyden til mfl. § 28 at det kan i legges forbud ved urettmessig krenkelse. Til tross for dette er det neppe tvilsomt at det foreligger adgang til det.⁸³ Dette kan forankres ved å se på tvistelovens regler i kapittel 34 om midlertidig sikring, sammenholdt med en tolkning av mfl. § 28. Det som fortoner seg som problematisk er å fastslå hvilke krav bestemmelsen oppstiller for at noe skal være å anse som rettsstridig, samt hvilke type forbud som kan oppstilles på grunnlag av dette. For at et forbud skal nedlegges må det videre foreligge rettslig interesse etter tvl. § 1-3 og kravene til sikringsgrunn må være oppfylt etter tvl. §

⁸³ Se Tore Lunde, 2001, s. 35

34-1 (1). Foreligger det en urettmessig tilegnelse av forretningshemmeligheter, hvor det er fare for at videre krenkelse kan forekomme, vil kravet til sikringsgrunn kunne anses oppfylt.⁸⁴ Forbudet saksøkeren nedlegger må for øvrig anses som nødvendig for å ”avverge en vesentlig skade eller ulempe”⁸⁵. Det vil ikke holde mål å nedlegge en påstand om at det kun eksisterer en krenkelse. Forbudet som oppstilles må være tilstrekkelig konkretisert om hvilke midlertidige tiltak som skal forbys. Dette kan, eksempelvis, fortone seg slik: ”nedlegger med dette et forbud mot å drive produksjon av ”Jensens vaskepulver””.

Et eventuelt forbud må også stå i forhold til de berørte partenes interesser.⁸⁶ Virkningene av forbudet må være forholdsmessig i forhold til saksforholdet og de berørte partene. I det følgende vil det bli redegjort for om tvistelovens anordninger, sammenholdt med mfl. § 28 samsvarer med de kravene art. 9 oppstiller.

5.6 Er norsk rett i samsvar med artikkel 9?

5.6.1 Om artikkel 9 nr. 1 – midlertidige foranstaltninger

Artikkel 9 forutsetter at den midlertidige foranstaltningen skal inntre nærmest umiddelbart etter at de rettslige myndighetene har mottatt en begjæring. Dette synes å samsvare med de midlertidige forføyningene etter tvistelovens kapittel 34, hvor et forbud vil gjelde umiddelbart etter at kjennelsen av avsagt, forutsatt at ikke noe annet er bestemt⁸⁷. På lik linje med art. 9 oppstiller også tvl. § 34-1 (2) et krav om at forbudet må være gjenstand for en interesseavveining. Videre må kravet til sikringsgrunn etter tvl. § 34-1 (1) være oppfylt. Etter sistnevnte bestemmelse vil vilkåret anses oppfylt hvis det er nødvendig for å avverge en skade. Av vilkåret ”nødvendig” foreligger det et krav om sannsynlighetsovervekt⁸⁸.

Det må drøftes om det etter norsk rett foreligger hjemmel for å få idømt en midlertidig foranstaltning på forestående krenkelser. Etter tvl. § 34-1 kan retten nedlegge forbud for å ”avverge

⁸⁴ Se, eksempelvis, LG-2012-108169.

⁸⁵ TvL. § 34-1, første ledd, bokstav b.

⁸⁶ TvL. § 34-1, annet ledd.

⁸⁷ Ot.prp. nr.65 (1990-1991)

⁸⁸ Jf. Ot.prp. nr. 65 (1990-1991)

en vesentlig skade eller ulempe”⁸⁹. Begrepsbruken *avverge* taler for at dette er legitimt, da hensynet bak bestemmelsen vil være å begrense en potensiell krenkelse sitt skadeomfang.

5.6.1.1 Bokstav a

For oversikts skyld, blir ordlyden her gjengitt: *”midlertidigt ophør med, eller i givet fald midlertidigt forbud mod, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheden”*.

Av tvisteloven er det, som poengtert i avsnitt 5.5, ikke hjemmel for å få nedlagt et forbud hvis utformingen er upresis. Forbudene som bokstav a oppstiller kan derfor vanskelig gjøres gjeldende da de ikke er tilstrekkelig konkretisert. Med dette menes at et ”forbud mot bruk av forretningshemmeligheten” kan sies å være noe upresist; nøyaktig hvilken bruk som det nedlegges forbud mot fremstår som vagt, vidtrekkende, og herunder ikke tilstrekkelig konkretisert. Forbudet kan på grunnlag av dette få en for vid rekkevidde. Det er også uklart hva saksøkte lovlig kan foreta seg. Et forbud mot å gjøre hemmeligheten kjent for en annen (”videregivelse”) synes å fremstå som mer presis, og vil trolig oppfylle kravene til spesifisering.

5.6.1.2 Bokstav b

I henhold til art. 9 nr. 1 bokstav b kan det nedlegges et forbud *”mod fremstilling, udbud til salg, markedsføring eller brug af krænkende varer eller import, eksport eller oplagring af krænkende varer med henblik herpå.”*

Å få nedlagt et midlertidig forbud mot, eksempelvis, markedsføring eller produksjon av en krenkende vare, vil i utgangspunktet være mulig etter tvistelovens kapittel 34 (med forbehold om at varen det gjelder er presist angitt) Et forbud av denne karakter synes å fremstå som tilstrekkelig konkretisert. Dette kan illustreres av Roxar-saken hvor det ble nedlagt et forbud mot produksjon og salg.⁹⁰

⁸⁹ Jf. tvl. § 34-1 bokstav b.

⁹⁰ LG-2003-8617

Det som er problematisk med et forbud vedrørende salg, på lik linje med et forbud mot ”import” og ”eksport”, er om et forbud av denne karakter vil kunne strekke seg utenfor saksøktes kompetanse. Svaret baserer seg på en konkret helhetsvurdering av det aktuelle tilfellet. Det kan argumenteres for at det foreligger samsvar mellom art. 9 nr. 1 (b) og nasjonalrett, gitt at forbudet er tilstrekkelig konkretisert og innenfor saksøktes kompetanse.

5.6.1.3 Bokstav c

Bokstav c omhandler *”beslaglæggelse eller udlevering af de formodet krænkende varer, herunder importerede varer, med henblik på at forhindre markedsføring eller omsætning heraf på markedet.”*

Markedsføringsloven inneholder ingen hjemmel for inndragelse eller utlevering av varer. Imidlertid har retten etter tvl. § 34-3 kompetanse til å iverksette de sikringer som best mulig vil kunne verne rundt det kravet saksøker nedlegger. Dette kan underbygges av Rt. 1999 s. 1762 , s. 1770-1771. Videre fremgår det av tvl. § 34-3 (1) fremgår det at ” Midlertidig forføyning kan gå ut på at saksøkte skal unnlate, foreta eller tåle en handling, eller på at et formuesgode skal settes ut av saksøktes besittelse og tas under forvaring eller bestyrelse”. På grunnlag av de overnevnte momenter kan retten ved en midlertidig forføyning inndra varer for å forhindre markedsføring eller omsetning av varene på markedet. Noe vesentlig forskjell mellom bokstav c og norsk rett synes på grunnlag av dette ikke å foreligge.

5.6.2 Om artikkel 9 nr. 2 – økonomisk garantistillelse

I artikkel 9 nr. 2 blir det oppstilt et forbehold om at de rettslige myndighetene kan kreve en garantistillelse i form av økonomisk kompensasjon til den angivelige overtrederen hvis anklagen viser seg å være grunnløs. Dette alternativet virker for å samsvare med norsk rett da det fremgår av tvl. § 34-2 at ” Retten kan bestemme at saksøkeren som vilkår for ikrafttredelse og gjennomføring av forføyningen skal stille slik sikkerhet som retten fastsetter for mulig erstatning til saksøkte.”.

5.7 Konklusjon

Etter mitt skjønn er det liten forskjell mellom tvistelovens anordninger jf. mfl. § 28 og art. 9. Generelt sett kan det argumenteres for at det foreligger samsvar mellom direktivet og nasjonalrett i dette tilfellet. Dette kan forankres i at de nasjonale bestemmelsene om forbud og midlertidige forføyninger er legalisert gjennom lovtekst, herunder at rettsstilstanden fremstår som tilgjengelig etter EU-rettens krav om at direktiver skal gjennomføres på en slik måte at rettsstilstanden fremstår som klar og gir forutberegnelighet for borgerne.⁹¹ De punkter det kan reises tvil om er forbudene man kan få nedlagt etter art. 9 nr. 1 bokstav a. Herunder at de trolig ikke vil fremstå som tilstrekkelig konkretisert etter tvl. kapittel 34.

5.8 Artikkel 11 - Påbud og korrigerende foranstaltninger

Art. 11 omhandler påbud og korrigerende foranstaltninger når det er truffet en rettsavgjørelse som fastslår ulovlig ervervelse, ”videregivelse”, eller bruk av en forretningshemmelighet. Det kan i forbindelse med den ulovlige krenkelsen utsendes samtlige påbud på begjæring av den krenkede part, dette for å forhindre ytterligere ulovlig bruk.

Problematikken om det foreligger hjemmel for å sanksjonere forestående krenkelser vises det til drøftelsen i punkt 5.2.1. Jeg legger til grunn at vektige hensyn taler for at det også bør foreligge mulighet til dette etter art. 11.

For at bestemmelsen skal virke som tilsiktet må retten ved sanksjonering legge vekt på varigheten av beføyelsen. Årsaken til dette er at det ikke skal lønne seg å misbruke en forretningshemmelighet, ergo må sanksjonen være av en slik utstrekning at enhver kommersiell fordel som har oppstått som følge av rettstridig bruk vil bortfalle.⁹² En naturlig språklig forståelse av ”kommersiell fordel” tilsier virkninger som vil være salgsfremmende. Retten skal videre ta hensyn til forretningshemmelighetens verdi, overtrederens atferd, samt konsekvensene mis-

⁹¹EØS-RETT, 2.utgave s. 49

⁹² Direktivets fortale s. 15 punkt 16

bruket har hatt for den krenkede part, likeledes er det anledning til å legges vekt på partenes interesser, samt tredjeparter interesser, herunder forbrukerne.⁹³

Det vil i denne drøftelsen bli avgrenset mot art. 11 nr. 3, og mot forbudets utstrekning.

5.8.1 Artikkel 11 nr. 1 - påbud og forbud

Når det er fastslått at det foreligger rettsstridig ervervelse, bruk, eller ”videregivelse” av en forretningshemmelighet kan retten etter art. 11 nr. 1 pålegge overtrederen følgende påbud og forbud:

”a) ophør med, eller i givet fald midlertidigt forbud mod, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheden

b) forbud mod fremstilling, udbud til salg, markedsføring eller brug af krænkende varer eller import, eksport eller oplagring af krænkende varer med henblik herpå

c) passende korrigerende foranstaltninger over for de krænkende varer.”

5.8.1.1 Bokstav a og b

Ordlyden til art. 11 nr.1 a og b er identiske til ordlyden i art. 9 nr. 1 bokstav a og b. For å unngå repetisjon henvises det til tolkning som vedrører begreper til punkt 5.3.1 og 5.3.2. Sett bort i fra forskjellene ved endelig forbud contra midlertidige forføyningen legger jeg med dette til grunn de samme betraktningene som ble gjort i avsnitt 5.3.1 og 5.3.2 vedrørende problematikk, og ordlydstolkning. Som det fremgikk innledningsvis har jeg avgrenset oppgaven mot forbudets utstrekning.

Art 11. Nr. 1 bokstav c) har følgende ordlyd ” passende korrigerende foranstaltninger over for de krænkende varer.” Det blir redegjort hva dette omfatter i art. 11 nr. 2.

⁹³ Direktivets forale s. 14 punkt 11

5.8.2 Artikkel 11 nr. 2 – korrigerende foranstaltninger

De korrigerende foranstaltninger som følger av art. 11 nr. 1 bokstav c, omfatter fire alternative foranstaltninger.

5.8.2.1 Bokstav a

”en fastslåelse af, at der foreligger krænkelse”

Etter dette alternativet foreligger det adgang til å få fastslått at det foreligger en krenkelse. Aller fremst vil dette kunne ha en preventiv effekt i form av at rettsstilstanden blir avklart mellom partene. Videre kan det tenkes at virksomhetens ”good-will” i markedet kan ha tatt skade av krenkelsen, en avklaring kan i således bidra til å gjennomrette virksomhetens omdømme. Det kan tenkes at en aktør innehar en dominerende markedsposisjon, hvor forbrukerne vil fortsette å handle produktene, men likeledes har fått en negativ oppfatning av foretaket. Ringvirkningene av misbruket ville kanskje ikke ha gitt utslag gjennom omsetningen, men forbrukernes ”good-will”- oppfatning av foretaket kan ha blitt skadet. En rettslig avklaring kan i dette tilfellet være av betydning, eksempelvis hvis konkurransesituasjonen endrer seg.

5.8.2.2 Bokstav b

”tilbagekaldelse af de krænkende varer fra markedet”

Ved at varene blir kalt tilbake fra markedet kan den urimelige utnyttelsen av forretningshemmeligheten opphøre. Ved et påbud om tilbakekallelse av de aktuelle varene kan det problematiseres *hvem* som får varene i hende. Det eneste som er av veiledende karakter i direktivet er at disse varene ikke nødvendigvis trenger å bli destruert hvis det foreligger andre brukbare løsninger, eksempelvis donasjon til veldedige organisasjoner utenfor markedet⁹⁴.

⁹⁴ Direktivets fortale s. 18 punkt 17

5.8.2.3 Bokstav c

”de krænkende varer fratages deres krænkende egenskab”

Ved at varen blir fratatt sin ”krænkende egenskab” forstår man at den delen av varen som i vesentlig grad drar fordel av forretningshemmeligheten vil bli destruert.⁹⁵ Dette kan bli aktuelt der hvor varens funksjonalitet ikke er avhengig av hemmelighetens innhold. Denne foranstaltningen bærer preg av å ivareta miljømessige hensyn ved at deler av varen fortsatt kan komme til nytte. Videre at det ikke synes som en uforholdsmessig løsning for verken overtrederen eller den part som har blitt utsatt for rettsstridig misbruk.

5.8.2.4 Bokstav d

”tilintetgørelse af de krænkende varer eller i givet fald tilbagetrækning af varerne fra markedet, forudsat at en sådan handling ikke hindrer beskyttelsen af den pågældende forretningshemmelighed”

”Tilintetgørelse” tilsvarer destruksjon. Dette betyr at varen sin funksjonalitet blir ødelagt. Alternativet kan komme til anvendelse hvor varen mister sin funksjonalitet ved destruksjon av den ”krænkende part”. Hvis sakens innhold taler for det, kan en tilbakekallelse av varen være tilstrekkelig. Dette med forbehold om at det ikke vil volde fare for selve hemmeligheten.

5.8.2.5 Bokstav e

”tilintetgørelse af dele af eller hele dokumenter, genstande, materialer, stoffer eller elektroniske filer, der indeholder eller gennemfører forretningshemmeligheden, eller i givet fald udlevering til forretningshemmelighedshaveren af disse dele af eller hele dokumenter, genstande, materialer, stoffer eller elektroniske filer.”

På lik linje med foregående foranstaltning foreligger det hjemmel for destruering av dokumenter, materialer, stoffer eller elektroniske filer som inneholder eller gjennomfører hemmeligheten. Alternativet differensierer seg fra de foregående alternativene ved at forretningshemmelighetens innhold etter dette alternativet ikke har blitt gjenstand for omsetning på mar-

⁹⁵ Jf. art 2 nr. 4

kedet. Overtrederen kan etter denne foranstaltningen bli pliktig til å utlevere, eksempelvis, det aktuelle dokumentet som inneholder eller gjennomfører hemmeligheten til den fornærmede part.

5.9 Hvilke norske rettigheter omfattes av artikkel 11 nr. 1 og 2?

For å avklare om direktivets art. 11 samsvarer med norsk rett må det først avklares hvilke rettigheter artikkelen omhandler. Art. 11 er blant annet definert til å omfatte forbud mot å anvende hemmeligheten etter at det er fastslått at det foreligger en krenkelse. Markedsføringsloven inneholder ingen eksplisitt hjemmel som oppstiller en adgang til å få vedtatt et forbud for brudd på mfl. § 28. For å få nedlagt et forbud etter brudd på mfl. § 28 må dette derfor gjøres gjennom et ordinært søksmål betinget av at rettslig interesse er tilstede.

Rettspraksisen på dette området fremstår som beskjedent. I de tilfellene det er ønske om å få nedlagt en eventuell forbudssanksjon er det, på lik linje med art.11, knyttet opp mot en proporsjonalitetsvurdering. Rettspraksis synes imidlertid å ha oppstilt en begrensing vedrørende denne vurderingen, jf. Mozell-dommen hvor HR uttalte:

”Til dette kommer at et forbud etter min mening synes uforholdsmessig. Det er vanskelig å se at bruken av ordmerket MOZELL og figurmerket i dets nåværende form - anvendt på et mineralvann - kan være egnet til å medføre skadevirkninger for vinprodusentene i Moseldistriktet, heller ikke i form av ”uttykning” av Mosel som opprinnelsesbetegnelse”⁹⁶.

Dommen omhandlet hvorvidt det forelå brudd på varemerkeloven, og om bruken av varemerke ville stride mot god forretningsskikk. HR konkluderte med at det ikke forelå brudd på varemerkeloven, og tok ikke stilling til om bruken stred mot god forretningsskikk, da HR uansett ikke så at det forelå grunnlag for forbud. Dommen oppstilte en begrensing ved at rettsmessigheten av et forbud vil bero på en vurdering om hvorvidt *den fortsatte bruken kan sies å medføre en skade* for den opprinnelige krenkede part. I dette tilfellet kunne bruken av varemerke fortsette uavhengig av om det hadde vært i strid med god forretningsskikk. Det kan argumenteres for at dette er i samsvar med direktivet, da det ved nedleggelse av sanksjon skal

⁹⁶ Rt. 1995 s. 1908

tas i betraktning konsekvensene misbruket har hatt for den krenkende part.⁹⁷ På den andre siden vil en rettstilstand av denne karakter stride mot uttalelsen om at enhver kommersiell fordel som har oppstått som følge av misbruket må bortfalle.⁹⁸ Med andre ord vil dette kunne være rettsstridig etter art. 11 hvis det har gitt overtrederen en salgsfremmende fordel, eventuelt en bedret markedsposisjon.

Vedrørende tilintetgjøring eller inndragning av krenkende varer må dette kreves ved dom av påtalemyndighetene gjennom en straffesak, jf. mfl. § 49 annet ledd. Det foreligger ikke hjemmel i markedsføringsloven for å kreve tilintetgjøring eller inndragning av krenkende varer gjennom en sivilsak.

Det kan videre problematiseres om det etter norsk rett vil foreligge mulighet til å få nedlagt endelig forbud vedrørende forestående krenkelser. Det problematiske med dette vil være om en slik fortolkning kan sies å gå på akkord med kravet til rettslig interesse etter tvl. § 1-3. Ved at krenkelsen ennå ikke har inntrådt, kan ikke denne bestemmelsens vilkår sies å være oppfylt. Gard Erik Garlie omtaler dette problemet i sin artikkel om ”Forbudssanksjonens innhold og utstrekning”⁹⁹. Han legger til grunn at tvl. § 1-3 ikke er til hinder for dom på forestående krenkelser, gitt at den fremtidige krenkelsen fremstår som konkret nok til at retten kan utforme et forbud, samt et avgjørende element om at risikoen for en forestående krenkelse må være sannsynliggjort.¹⁰⁰ Etter hans skjønn vil den nødvendige rettslige interesse i et forbudssøksmål anses for å være tilstede.¹⁰¹ Dette er tilsynelatende ikke nærmere utbredt i andre rettskilder så vidt jeg kan se.

⁹⁷ Direktivets fortale s. 14 punkt 11

⁹⁸ Direktivets fortale s. 15 punkt 16

⁹⁹ Aktuell immateriellrett, oslo 2008, s. 58-60 v. Gard Erik Garlie

¹⁰⁰ Aktuell immateriellrett, oslo 2008, s. 60-61 v. Gard Erik Garlie

¹⁰¹ Aktuell immateriellrett, oslo 2008, s. 60-61 v. Gard Erik Garlie

5.10 Er norsk rett i samsvar med artikkel 11 nr. 1 og 2?

5.10.1 Om artikkel 11 nr. 1 – påbud og forbud

5.10.1.1 Bokstav a

I henhold til art. 11 nr. 1 a) skal det kunne utsendes et påbud om *”ophør med, eller i givet fald midlertidigt forbud mod, brug eller videregivelse af forretningshemmeligheden”*.

Et slikt forbud kan på grunnlag av samme årsaker som i avsnitt 5.6.1.1 vanskelig gjøres gjeldende gjennom et ordinært søksmål. Da en påstand om at saksøkte ”skal opphøre den ulovlige bruken” blir for ubestemt.¹⁰² Et forbud mot å gi informasjonen videre kan derimot anses legitimt, jf. punkt. 5.6.1.1.

5.10.1.2 Bokstav b

Det foreligger her et *”forbud mod fremstilling, udbud til salg, markedsføring eller brug af krænkende varer eller import, eksport eller oplagring af krænkende varer med henblik herpå”*

I norsk rett vil adgangen til å gjøre gjeldende et forbud vedrørende opphør av produksjon og markedsføring kunne gjennomføres via et ordinært søksmål. Illustrerende er FlowSys-dommen, hvor Gulating lagmannsrett la følgende til grunn:

”Roxar har også krevd dom for at FlowSys skal opphøre med produksjon og markedsføring av målerne TopFlow og SubFlow m.v. ...Videre gjør FlowSys gjeldende at «produksjon» ikke kan forbys i medhold av markedsføringsloven, og at den måler FlowSys produserer i dag, i alle fall ikke kan forbys. Lagmannsretten er ikke enig i dette. Slik lagmannsretten ser det, er det således ikke tale om påstandsendringer som går ut over det som fremtrer som nødvendige presiseringer, som FlowSys ikke har rimelig grunn til å motsette seg. Et forbud mot «produksjon» fremtrer heller ikke som annet enn en nødvendig presisering, idet det ellers ville være lett å omgå et forbud mot salg og markedsføring. Og om den måler FlowSys produserer i dag, representerer en videreutvikling, er det ikke fremkommet opplysninger som skulle tilsi at den må vurderes annerledes i forhold til markedsføringsloven § 7 enn den «opprinnelige» utga-

¹⁰² Harald Irgens-Jensen (2010) S. 359 med videre henvisninger, og Aktuell immaterialrett v. Gard Erik Garlie s. 53.

ven.

*Lagmannsretten er kommet til at Roxars påstand må tas til følge her, dog slik at forbudet bør tidsbegrenses til tre år. Slik lagmannsretten ser det, må det således ligge nær å anta at når gjennombruddet først er kommet for denne type teknologi, vil det bare være et tidsspørsmål for andre aktører lykkes i å utvikle egen og beslektet teknologi, og det er ikke rimelig grunn til å stenge FlowSys ute fra denne utviklingen ved et mer langvarig forbud.*¹⁰³.

Av dette kan det utledes at et forbud mot produksjon, salg og markedsføring kan nedlegges i de tilfellene dette er nødvendig for å hindre omgåelse av et annet forbud. Dette synes å samsvare med art. 11 nr. 1 bokstav b.

5.10.2 Om artikkel 11 nr. 2 – korrigerende foranstaltninger

5.10.2.1 Bokstav a

Dette alternativet er definert til å omfatte adgang til å få fastslått at det foreligger en krenkelse. Etter norsk rett foreligger det adgang til å få fastslått at foreligger en krenkelse gjennom et fastsettelsessøksmål.¹⁰⁴ En fastsettelsesdom er aktuelt der det foreligger behov for å avklare om en rettsforhold er til eller ikke. Dette kan være aktuelt ved rettstridig utnyttelse av forretningshemmeligheter. De samme hensynene vedrørende betydningen av en slik fastslåelse som ble drøftet under punkt 5.8.2.1, gjør seg her gjeldende.

En fastsettelses dom er imidlertid betinget med at kravene etter tvl. § 1-3 er oppfylt. Med andre ord må rettslig interesse være tilstede, og det må foreligge et aktualitetsbehov for å få avklart saken.¹⁰⁵

5.10.2.2 Bokstav b, c, d og bokstav e

Bokstav b, c, d og e blir i dette avsnitt behandlet sammen på grunnlag av tilsvarende de lege lata. Alternativene omhandler sanksjoner for tilbaketrekning, delvis tilintetgjøring, tilintetgjøring, og utlevering av krenkende varer.

¹⁰³ LG-2003-8617

¹⁰⁴ Tore Lunde (2001) s. 37

¹⁰⁵ Jf. tvl. § 1-3

Så langt har vi sett at overtrederen kan bli pålagt forbud etter markedsføringsloven. Det foreligger ikke hjemmel for ytterligere sanksjoner etter markedsføringsloven.¹⁰⁶ Påtalemyndighetene kan derimot kreve dom på tilintetgjøring eller inndragning gjennom en straffesak, jf. mfl. § 49. Det kan stilles spørsmål ved hvorfor det ikke foreligger hjemmel til sanksjoner av en slik art etter markedsføringsloven. Da det etter varemerkeloven § 59, patentloven § 59, og åndsverkloven § 56 er hjemmel for sanksjoner av en slik karakter. Denne differensieringen kan vanskelig begrunnes etter sentrale hensyn. Jeg kan heller ikke se at det foreligger argumenter som taler for hvorfor den immaterialretten skal ha et sterkere vern via sanksjonering enn det som foreligger etter markedsføringsloven. Med dette menes at markedsføringsloven kan tenkes å ha et like stort behov for denne type sanksjoneringer på grunnlag av den preventive effekten sanksjoner av denne type karakter oppstiller. Mot dette kan det innvendes at det ikke foreligger særskilt med rettspraksis på dette området, noe som taler for at behovet ikke er like stort. Imidlertid fremgår det av en undersøkelse foretatt av Næringslivets Sikkerhetsråd at så mye som 1 % av de spurte bedrifter ble utsatt for tyveri av informasjon i 2011¹⁰⁷. På grunnlag av at kun 886 bedrifter av 6000 utvalgte svarte på undersøkelsen er det naturlig å forestå at det eksisterer et visst mørketall. Derfor kan ikke den beskjedne rettspraksisen brukes som et avgjørende argument for at det ikke foreligger et behov.

Det foreligger heller ikke hjemmel for delvis konstruksjon i markedsføringsloven, gjeldende rett tilsier derfor at det ikke foreligger rettmessig grunnlag for dette alternativet.

5.11 Konklusjon

Av de foregående drøftelsene kan det argumenteres for at det foreligger delvis samsvar mellom art. 11 nr. 1 og 2 og norsk rett. Det problematiske vedrører art. 11 nr. 1 bokstav a, samt art. 11 nr. 2 bokstav b, c, d og e. Ved mangelen på sivilrettslige sanksjoner som åpner for destruksjon, inndragning og tilbaketrekning etter markedsføringsloven, kan det også diskuteres om Norge på dette punkt strider mot forpliktelsene som foreligger etter TRIPS-avtalen art. 46.

¹⁰⁶ Tore Lunde (2001) s. 39

¹⁰⁷ Næringslivets Sikkerhetsråd mørketallsundersøkelse 2012.

I avtalens del 2 nr. 7 fremgår det at de immaterielle rettighetene også omfatter ”Protection of Undisclosed Information”.¹⁰⁸ Det kan videre hevdes at en sivilrettslig adgang til destruksjon eller inndragning av krenkende material ville økt bestemmelsens avskrekkende virkning, herunder at sanksjonssystemet preventive effekt kunne økt. Andre hensyn som taler for aktualiteten av inndragning og destruksjon er at overtrederen ikke lenger vil være i besittelse av de krenkende gjenstander. Det kan bidra til å øke den alminnelige følelse av rettmessighet for den krenkede part i forhold til proporsjonalitet. Det kan imidlertid diskuteres om inndragelse etter strl. § 34 likevel veier opp for manglede sivilrettslig adgang. Etter mitt faglige skjønn kan jeg ikke se at det foreligger tungtveiende grunner som taler for at strl. § 34 effektiviserer sanksjonssystemet i en tilstrekkeliggrad som tilsier at straffetrusselen pr. dags dato er adekvat, jf. drøftelsen i punkt 5.10.2.2 . Alt i alt er jeg av den oppfatning at en harmonisering av lovverket på dette punkt hadde vært tjenlig.

¹⁰⁸ http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf s. 319

6 Litteraturliste

6.1 Direktiver

Direktiv 2013/0402 (COD) – ”Forslag til Europa-parlamentets og Rådets direktiv om beskyttelse af fortrolig knowhow og fortrolige forretningsoplysninger (forretningshemmeligheder) mod ulovlig erhvervelse, brug og videregivelse.”

6.2 Lover

1902 Almindelig borgelig Straffelov (Straffeloven)

1961 Lov om opphavsrett til åndsverk m.v. (åndsverkloven)

1967 Lov om patenter (patentloven)

1992 Lov om gjennomføring i norsk rett av hoveddelen i avtalen Det europeiske økonomiske samarbeidsområdet (EØS-loven)

2005 Lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

2005 Lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

2005 Lov om straff (straffeloven)

2009 Lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

2010 Lov om beskyttelse av varemerker (varemerkeloven)

FOR-2006-11-03-1213

FOR-2005-04-01-273

6.3 Forarbeider

Innstilling fra konkurranselovkomiteen 1966

Ot.prp.nr.57 (1971-1972) – Lov om markedsmissbruk

Ot.prp.nr.65 (1990-1991) – Om lov om tvangsfullbyrding og midlertidig sikring (tvangsfullbyrdingsloven)

Ot.prp.nr.49 (2004-2005) – Om lov om arbeidsmiljø, arbeidstid og stillingsvern mv. (arbeidsmiljøloven)

Ot.prp.nr.51 (2004-2005) – Om lov om mekling og rettergang i sivile tvister (tvisteloven)

Ot.prp.nr.55 (2007-2008) – Om lov om kontroll med markedsføring og avtalevilkår mv. (markedsføringsloven)

Ot.prp.nr.22 (2008-2009) – om straffeloven av 2005

6.4 Rettsavgjørelser

6.4.1 Høyesterett:

Rt.1964 s. 238

Rt.1995 s. 1908

Rt.1997 s. 199

Rt.1998 s. 1315

Rt.2003 s. 825

Rt.2007 s. 1841

6.4.2 Lagmannsretten:

LG-2012-108169

LG-2003-8617

6.4.3 Tingretten:

RG-2007-178

6.5 Bøker

Gundersen, Aase mfl. Aktuell immaterialrett, 2008

Irgens-Jensen, Harald: Bedriftens hemmelighet – og rettighet? 2010

Lunde, Tore: God forretningsskikk næringsdrivande imellom, 2001

Lunde, Tore mfl. Markedsføringsloven med kommentarer, 2010.

Sejersted, Fredrik mfl. EØS-rett, 2.utgave, 2004.

Norrgård, Marcus: Interimistiska förbud i immaterialrätten, Helsingfors 2002

6.6 Artikler

Irgens-Jensen, Harald: Forretningshemmeligheter, Nordiskt immateriellt rättsskydd, 2006.

6.7 Undersøkelser

Næringslivets sikkerhetsråd, mørketallsundersøkelse 2012

6.8 Internettider

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0813:FIN:DA:PDF>

(direktivforslag 2013/0402 (COD), dansk utgave.)

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0813:FIN:EN:PDF>

(direktivforslag 2013/0402 (COD), engelsk utgave.)

http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf

(TRIPS-avtalen)